Poder Judiciário
Superior Tribunal Militar

Bicentenário da Justiça Militar no Brasil

Coletânea de Estudos Jurídicos

Coordenadoras
Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Zilah Maria Callado Fadul Petersen

Poder Judiciário
Superior Tribunal Militar

Bicentenário da Justiça Militar no Brasil

Coletânea de Estudos Jurídicos

Coordenadoras
Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Zilah Maria Callado Fadul Petersen

Colaboradora
Samantha Ribeiro Meyer-Pflug

Brasília, DF
2008

COMPOSIÇÃO DO STM

Ministro-Presidente
Ten Brig Ar Flávio de Oliveira Lencastre

Ministro-Vice-Presidente
Dr. José Coêlho Ferreira

Ministros
Dr. Olympio Pereira da Silva Junior
Dr. Carlos Alberto Marques Soares
Dr. Flavio Flores da Cunha Bierrenbach
Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo
Alte Esq José Alfredo Lourenço dos Santos
Gen Ex Antonio Apparicio Ignacio Domingues
Alte Esq Rayder Alencar da Silveira
Gen Ex Sergio Ernesto Alves Conforto
Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Ten Brig Ar William de Oliveira Barros
Gen Ex Renaldo Quintas Magioli
Gen Ex Francisco José da Silva Fernandes
Ten Brig Ar José Américo dos Santos

Comissão de Planejamento das Comemorações do Bicentenário

Presidente
Min. Dr. Flavio Flores da Cunha Bierrenbach

Membros:
Min. Ten Brig do Ar Flávio de Oliveira Lencastre, Min. Dr. Olympio Pereira da Silva Junior, Min. Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo, Min. Gen Ex Sérgio Ernesto Alves Conforto, Min. Ap. Cherubim Rosa Filho, Min. Ap. Aldo da Silva Fagundes, Vice-Procuradora-Geral do Ministério Público Militar Dra. Adriana Lorandi, Juíza-Auditora Dra. Zilah Maria Callado Fadul Petersen, Servidora Dra. Maria das Graças Carvalho Marques.

MAGISTRADOS DA PRIMEIRA INSTÂNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO

Juiz-Auditor Corregedor:
Alceu Alves dos Santos

Juízes-Auditores:
Alcides Alcaraz Gomes, Antônio Cavalcanti Siqueira Filho, Antônio Monteiro Seixas, Arizona D'Ávila Saporiti Araújo Júnior, Carlos Henrique Silva Reiniger Ferreira, Celso Celidônio, Edmundo Franca de Oliveira, Eli Ribeiro de Britto, Flávia Ximenes Aguiar de Sousa, Frederico Magno de Melo Veras, José Barroso Filho, Maria do Socorro Leal, Rosali Cunha Machado Lima, Safira Maria de Figueredo, Telma Angélica Figueiredo, Telma Queiroz, Zilah Maria Callado Fadul Petersen.

Juízes-Auditores Substitutos:
Alexandre Augusto Quintas, Cláudio Amin Miguel, Cristiano Alencar Paim, Diógenes Moisés Pinheiro, Eleonora Salles de Campos Borges, Jorge Luiz de Oliveira da Silva, Jorge Marcolino dos Santos, José Maurício Pinheiro de Oliveira, Marco Aurélio Petra de Mello, Maria Placidina de Azevedo Barbosa Araújo, Marilena da Silva Bittencourt, Paulo Roberto de Freitas Silva, Regina Coeli Gomes de Souza, Ricardo Vergueiro Figueiredo, Ruslan Souza Blaschikoff, Sheyla Costa Bastos Dias, Suely Pereira Ferreira, Vera Lúcia da Silva Conceição.

Fotos
A chegada de Dom João VI à Bahia, 1952, painel a óleo/tela 381 x 580 cm, imagem do acervo do Projeto Portinari, autorizada por João Cândido Portinari; Estátua em homenagem ao Aspirante Mega (Wagner Ziegelmeyer); Sede do STM em Brasília, Duque de Caxias, Marquês de Tamandaré, Alberto Santos Dumont (Rubens Teodoro); Vitral (Alexandre Durão); Estátua da Justiça (Karen Rukat).

Projeto gráfico/diagramação/arte
Via Brasília

Coletânea de estudos jurídicos / Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Zilah Maria Callado Fadul Petersen, coordenadoras; Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, colaboradora. - Brasília : Superior Tribunal Militar, 2008.
831 p. : il.

Publicação em comemoração ao Bicentenário da Justiça Militar no Brasil.

1. Justiça militar. 2. Direito penal militar - Brasil. 3. Direito penal. 4. Direito militar - aspectos constitucionais. 5. Forças Armadas - aspectos constitucionais. 6. Direito constitucional. 7. Jurisdição constitucional. 8. Direito internacional. I. Rocha, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. II. Petersen, Zilah Maria Callado Fadul. III. Meyer-Pflug, Samantha Ribeiro. IV. Superior Tribunal Militar.

CDU 34

Ficha Catalográfica: DIDOC/SEBIB

Coletânea de Estudos Jurídicos

Apresentação

O lançamento da presente obra destaca-se dentre os eventos comemorativos do bicentenário da Justiça Militar da União, festejado neste ano de 2008. Proveniente do Conselho Supremo Militar e de Justiça, criado no dia 1º de abril de 1808, por Alvará, com força de lei, do Príncipe Regente de Portugal, D. João, foi instituído como foro especial para julgar delitos militares e configurou-se como o primeiro Tribunal Superior de Justiça do País, cuja jurisdição, inclusive a recursal, abrangia todo o território nacional. Desse Conselho originou-se o Superior Tribunal Militar.

Posteriormente, o tempo e as mudanças ocorridas, inclusive no *status* político do Brasil, contribuíriam para a transformação daquele Conselho de Justiça na atual Justiça Militar da União, cuja estrutura e competência foi submetida a diversas modificações até atingir as configurações atuais.

Seu périplo institucional foi longo. A despeito da evidente existência daquele órgão judiciário, a Carta Política Brasileira de 25 de março de 1824, não cogitou da Justiça Militar. Com a queda da Monarquia e a instituição da República, a Constituição de 24 de fevereiro de 1891 a ela se referiu na Seção concernente à Declaração de Direitos, constituindo-a como foro especial para os militares de terra e mar nos delitos militares, dispondo que tal foro seria composto por um Supremo Tribunal Militar - com competência semelhante à do extinto Conselho Supremo Militar e de Justiça e com membros vitalícios - e pelos Conselhos necessários para a formação da culpa e julgamento dos crimes.

A Carta Política de 16 de julho de 1934 incorporaria, finalmente, a Justiça Castrense à estrutura do Poder Judiciário da União como decorrência da vontade soberana da Assembléia Nacional Constituinte, tendo estendido a competência para julgar civis nos casos expressamente nela referidos. O Golpe de Estado ocorrido em 10 de novembro de 1937 institucionalizou o chamado Estado Novo e a Constituição outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas manteria a Justiça Militar integrada ao Poder Judiciário, assegurando-lhe a competência atribuída na Constituição anterior. Revogada pelo Texto promulgado em 1946, a novel Lei Maior introduziria pequena modificação, alterando o nome do Supremo Tribunal Militar, existente desde 1891, para Superior Tribunal Militar, mantido ainda hoje.

Com o início do regime militar em 1964, mudanças na composição do Superior Tribunal Militar advieram sob a égide da Carta Constitucional de 1967 tais como: a alteração do número de seus membros, a inclusão de representantes do Ministério da Aeronáutica e a ampliação da sua competência. Encerrado esse período, a vigente Lei Maior promulgada em 1988 manteve os Tribunais e Juízes Militares como integrantes do Poder Judiciário nacional, deslocando, para a Justiça Federal comum, a competência para o processo e julgamento dos crimes políticos, "excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral". Nestes termos, ao assegurar à Justiça Castrense o processamento e julgamento "dos crimes militares definidos em lei", autorizou a Lex Fundamental que o legislador ordinário dispusesse sobre a organização, o funcionamento e a competência daquela Corte.

Por tratar-se de Justiça especializada, acoberta categoria especial de agentes, impulsionando a aplicação da lei militar às Forças Armadas - Marinha, Exército e Aeronáutica - e julga os crimes militares definidos em lei, consoante o artigo 124 da Carta Magna, cujo agente poderá também ser civil, se apontado pela norma legal incriminadora.

Disciplinam o conteúdo competencial, material e processual da Justiça Militar as normas constantes dos Códigos Penal e Processual Penal Militar, instituídos pelos Decretos-Leis nº 1.001 e 1.002, ambos de 21 de outubro de 1969. Conceitua o primeiro *Codex* os crimes militares em tempo de paz e em tempo de guerra; já o segundo, o processo a ser realizado naquela jurisdição. Aludidos instrumentos apresentam-se como legislação penal especial derrogando, por conseqüência, a lei geral, quer penal, quer processual, que com ela conflite.

Ademais, cumpre mencionar a Lei federal nº 8.457, de 04 de setembro de 1992, que organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares. Ressalte-se que, com a criação da Justiça Militar dos Estados e do Distrito Federal, afastam-se, de imediato, da jurisdição da Justiça Militar da União, o processo e o julgamento dos crimes militares praticados pelos Policiais Militares e Bombeiros Militares.

Assim, para efeito de administração da Justiça Militar da União, em tempo de paz, a vigente regulamentação normativa que estrutura a Justiça Militar da União mantém a divisão do território nacional em Circunscrições Judiciárias Militares, atualmente doze, fixando a abrangência territorial de cada uma delas. Institui, outrossim, dezoito Auditorias Militares e Diretorias de Foro que respectivamente lhes correspondem, além da Auditoria de Correição, esta com jurisdição em todo o território nacional. Todos esses órgãos compõem a Primeira Instância, tendo como órgão de cúpula o Superior Tribunal Militar.

A Corte Superior Castrense é constituída por quinze Ministros vitalícios, sendo requisitos para a investidura no cargo a nomeação do Presidente da República e a posterior aprovação pelo Senado Federal de forma a conferir legitimidade à indicação presidencial. Seus integrantes, nos termos do artigo 123 da Constituição Pátria, são escolhidos dentre oficiais das Forças Armadas e membros da sociedade civil – advogados de notório saber jurídico, juízes-auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar –, propiciando a idoneidade e a imparcialidade necessárias à prestação jurisdicional.

Na Auditoria de Correição, o Juiz-Auditor Corregedor é autoridade única. Já nas Auditorias Militares, são órgãos judicantes os Conselhos de Justiça, os Juízes-Auditores e os Juízes-Auditores Substitutos. Os Conselhos de Justiça são constituídos de cinco membros: quatro Oficiais - um dos quais preside o Conselho - e um Juiz togado, sendo aqueles sorteados dentre os que se encontrem no Serviço Ativo da Força cujo bem foi violado. Os Conselhos de Justiça podem ser: Conselhos Permanentes de Justiça, constituídos trimestralmente para cada Força e destinados a processar e julgar praças e graduados denunciados em processos ordinários ou especiais, com acréscimo de dois suplentes para os Juízes militares; e Conselhos Especiais de Justiça, constituídos para cada processo - ordinário ou especial - instaurado contra o oficial, sendo integrado por militares de posto superior ao do acusado ou por militares de maior antiguidade embora do mesmo posto, dissolvido após o julgamento do processo. Os Juízes-Auditores, titular e substituto, são togados, integrantes da magistratura, e admitidos, para início da carreira, em concurso público de provas e títulos.

Neste ponto, imperioso elucidar não ter a Justiça Militar da União atuado ao longo da História Brasileira como uma Justiça de Exceção. Ao revés, há dois séculos seus magistrados, nomeados segundo as estatuições legais, sempre acataram com veemência os princípios, valores e fundamentos constitucionais. Nesse sentido, inegável constituir a Justiça Militar da União um baluarte do Poder Judiciário e um exemplo de comprometimento concreto com a Democracia.

O brilhantismo de sua trajetória é enaltecedor ao rememorarem-se os episódios vivenciados em 1937 quando, o então Supremo Tribunal Militar, reformou sentenças proferidas pelo Tribunal de Salvação Nacional vulneradoras dos Direitos e Garantias Fundamentais do Cidadão.

Relembre-se, outrossim, o período do regime militar, cuja independência e probidade na prestação jurisdicional levaram juristas famosos como Heleno Claúdio Fragoso, Sobral Pinto e Evaristo de Morais a tecerem candentes elogios à correção, altivez e serenidade de sua atuação. Exemplo histórico é o caso da incomunicabilidade dos presos políticos, proibidos de manter contatos com seus patronos na vigência da Lei de Segurança Nacional e que teve, na histórica Representação nº. 985, correta e precursora solução, em consonância com os princípios do direito de defesa. Do mesmo modo, no R.C nº 38.628, assentou a Corte que a

mera ofensa às autoridades constituídas, embora expressa em linguagem censurável, não mais tipificava crime contra a segurança do Estado. Igualmente relevante decisão prolatada no R.C nº 5385-6 ao determinar que a greve, mesmo quando declarada ilegal pelo Executivo, se perseguir objetivos de melhoria salarial, não configurava crime.

As decisões aqui referidas, dentre tantas outras que poderiam ser citadas, conferiram incensurável desate e exata dimensão jurídica sobre temas que constantemente se prestavam a interpretações dúbias. E nesse sentido, consolidou a Justiça Militar da União, no transcorrer de dois séculos, jurisprudência dignificante, legando às gerações futuras e à memória do Poder Judiciário grandeza e honra.

A vivência bicentenária da Justiça Militar da União, mais antiga Justiça Pátria, cuja História se confunde com a própria História do Brasil, reflete a grandiosidade de sua dimensão institucional e enaltece o Estado de Direito, para além de revelar aptidão necessária para enfrentar os desafios da modernidade pelo seu célere desempenho.

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha **Zilah Maria Callado Fadul Petersen**

Sumário

DA JUSTIÇA MILITAR 16

Uma importante contribuição do Superior Tribunal Militar à jurisprudência brasileira: a liminar em *Habeas Corpus*
Arnoldo Wald 19

Direitos Humanos e a Administração da Justiça por Tribunais Militares
Flavio Flores da Cunha Bierrenbach 24

Las particularidades de la Jurisdicción Militar Española en el otorgamiento del Amparo Judicial
Francisco Fernández Segado 36

Notícia sobre Jurisdição Militar no Brasil
José Afonso da Silva 60

La unidad de jurisdicción en el Perú (a propósito de la Justicia Militar)
José F. Palomino Manchego 73

A Cadeia de Comando e como ela interage com a Justiça Militar do Brasil
Marcos Augusto Leal de Azevedo 79

Uma Justiça Especializada, muito especial
Renaldo Quintas Magioli 84

Dilemas da Justiça
Sérgio Ernesto Alves Conforto 101

DO DIREITO PENAL MILITAR 110

Hc 81.438 (STF). Co-Autoria. Militar e Civil. Crime Propriamente Militar
Celio Lobão 113

Liberdade provisória e princípio democrático
Cláudio Martins 124

Do Crime Militar Culposo
Edmar Jorge de Almeida. 131

Questões controvertidas sobre a execução penal na Justiça Militar
José Carlos Couto de Carvalho 141

Crime Militar Próprio ou Propriamente Militar
Miguel Reale Júnior 152

A prescrição do crime de deserção
Zilah Maria Callado Fadul Petersen 157

DO DIREITO PENAL 176

Novas perspectivas para o Direito Penal: valorização das vítimas, justiça restaurativa e penas alternativas
Damásio de Jesus 179

Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal
Ingo Wolfgang Sarlet 191

A imprescritibilidade dos Crimes Internacionais
Ana Flávia Velloso 208

DO DIREITO CONSTITUCIONAL MILITAR 226

Constituição e regras de engajamento
Giuseppe de Vergottini 229
O Princípio da Insignificância na Justiça Penal Castrense
Henrique Marini e Souza 244
As Forças Armadas na Constituição Federal
Ives Gandra da Silva Martins 261
Análise do fundamento jurídico do emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem
José Levi Mello do Amaral Júnior 273
Forças Armadas e Ações de Segurança Pública: possibilidades e limites à luz da Constituição
Luís Roberto Barroso 282
Uma visão das relações entre civis e militares
Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Romeu Costa Ribeiro Bastos 301
Libertad de conciencia frente al deber de obediencia a las órdenes recebidas en el Ejército, o la Guerra de Irak bajo el control de los Tribunales Contencioso-Administrativo
Markus Kotzur 313

DO DIREITO CONSTITUCIONAL 324

Fidelidade partidária: instrumento edificador de novas perspectivas constitucionais
Alceu José Cicco Filho 327
O papel do juiz nacional no processo de internacionalização do Direito Constitucional
Ana Carolina Borges de Oliveira e Vitor Eduardo Tavares de Oliveira 337
Contribuição em defesa da dignidade e da inviolabilidade da vida da pessoa humana
Claudio Lemos Fonteles 344
Direitos Humanos, Legitimidade e Constitucionalismo
Diogo de Figueiredo Moreira Neto 361
A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos
Flávia Piovesan 375
A liberdade de expressão no Direito Constitucional português
Jorge Miranda 392
A constitucionalidade da Lei de Biossegurança
José Antônio Dias Toffoli 404
O direito ao Direito
Maria de Fátima Mata-Mouros 408

A relação Estado e Sindicato e a Constituição de 1988
Ney Prado 413
Estado e Constituição
Paulo Bonavides 425
Reforma do Judiciário: acertos e desacertos
Roberto Rosas 431
A internacionalização do Direito Constitucional
Samantha Ribeiro Meyer-Pflug 436
Interpretação das Normas Constitucionais
Tercio Sampaio Ferraz Junior 447
O Senado precisa ser retirado do controle difuso de constitucionalidade
Zeno Veloso 455

DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL 476

O acesso à Jurisdição Constitucional como caminho para a sua democratização
Anna Candida da Cunha Ferraz 479
Considerações acerca da Função Jurisdicional e do Sistema Judicial
António Pedro Barbas Homem 501
Jurisdição constitucional das Liberdades
José Alfredo de Oliveira Baracho 514

DO DIREITO INTERNACIONAL 534

La primera Opinión Consultiva en MERCOSUR ¿Germen de cuestión prejudicial?
Adriana Dreyzin de Klor 537
El Mercosur y el Derecho Constitucional de los Estados Partes
Alejandro Daniel Perotti 554
¿Hacia un Mercosur de la Defensa?
Alejandro F. Della Sala- 589
La cooperación penal internacional en el Mercosur
Berta Feder 607
O Tribunal Penal Internacional: avanços e retrocessos para o estabelecimento de uma jurisdição Penal Internacional
Denise Caldas Figueira 626
Mercosul, Soberania e Constituição Brasileira de 1988
Elisa de Sousa Ribeiro e Rafael Nascimento Reis 649
Actualité de la Justice Militaire dans les travaux des Organes des Nations Unies
Emmanuel Decaux 663
"Nova Ordem" e crise do Direito Internacional
Francisco Rezek 676
Concretization and Precedent. Observations on modern continental European Law from the perspective of "Structuring Legal Theory"
Friedrich Müller 680

Amnistie, prescription, grâce: la jurisprudence interaméricaine des droits de l'homme en matière de lutte contre l'impunité
Kathia Martin-Chenut 688

Os Crimes de Guerra no Direito Internacional de nossos dias
Luíz Olavo Baptista 700

A Organização Mundial do Comércio como catalisadora de divergências no Estado
Marcelo Dias Varella e Roberto Freitas Filho 711

El ordenamiento juridico Mercosur y la viabilidad de la aplicación directa de las normas Mercosur a la luz del Derecho Constitucional de los Estados Partes
Marina García Del Rio e Valentina Raffo 729

Órgano Jurisdiccional Supranacional
Oscar B. Llanes Torres 751

Un paseo por la Jurisprudencia Supranacional Europea y su reflejo en los Sistemas Suramericanos de Integración
Ricardo Alonso García 756

El estado de derecho algunos elementos y condicionamientos para su efectiva vigencia.
Roberto Ruiz Díaz Labrano 783

La Corte Suprema de Justicia Argentina y su rol en la articulación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Interno.
Victor Bazán 794

Da Justiça Militar

Superior Tribunal
Militar

Uma importante contribuição do Superior Tribunal Militar à jurisprudência brasileira: a liminar em *Habeas Corpus*

Arnoldo Wald*

> *"um fato inédito na história do* habeas corpus *em nosso país. Até aquele dia jamais se concedera medida liminar para evitar a ameaça de constrangimento ilegal por parte da autoridade. A decisão foi comunicada aos responsáveis pela arbitrariedade iminente e abortou a violência premeditada e em andamento".*[1]
>
> **Ministro Evandro Lins e Silva**

> *"uma das mais belas criações da nossa jurisprudência foi a da liminar em pedido de* habeas corpus, *assegurando de maneira mais eficaz o direito de liberdade. ..., cumpre registrar que tal providência - liminar em* habeas corpus *preventivo - foi concedida pelo Almirante José Espínola, ilustre figura que perolou no STM (cf. RTJ 33/590)".*[2]
>
> **Fernando da Costa Tourinho Filho**

1. Por mais estranho que pareça, não se concebia a concessão da medida liminar em *habeas corpus* até 1964, enquanto esta se tinha consolidado, em virtude de normas legais expressas, na legislação do mandado de segurança. Embora este tivesse sido decorrente da ampliação dada ao *habeas corpus* e da idéia de se estruturar, no direito brasileiro, um *habeas corpus* civil, em matéria processual[3], a liminar só foi prevista pelo legislador no mandado de segurança, sem que a jurisprudência a tivesse estendido ao remédio em defesa da liberdade de ir e vir.

2. O Ministro **EVANDRO LINS E SILVA** afirma que a primeira liminar em *habeas corpus* teria sido concedida no Supremo Tribunal Federal, em 1964, em virtude de sua impetração por **SOBRAL PINTO**, em favor de **MAURO BORGES**. Afirma o eminente criminalista que se tratou de:

> *"um fato inédito na história do* habeas corpus *em nosso país. Até aquele dia jamais se concedera medida liminar para evitar a ameaça de constrangimento ilegal por parte da autoridade".*[4]

3. Na realidade, o Ministro **GONÇALVES DE OLIVEIRA** concedeu a medida liminar, em favor do paciente Governador **MAURO BORGES**, no *Habeas Corpus* nº 41.296, em 14.11.1964 e, em 23.11.1964, levou o processo ao plenário, que confirmou a medida liminar para que:

> *"Não possa a Justiça Comum ou Militar processar o paciente sem o prévio pronunciamento da Assembléia Estadual, nos termos do art. 40 da Constituição do Estado de Goiás, decisão unânime".*[5]

4. No seu voto, o relator Ministro **GONÇALVES DE OLIVEIRA** fundamentou a concessão da liminar, invocando a jurisprudência já existente em mandado de segurança e lembrou a existência de decisão concessiva de liminar em *habeas corpus*, que acabava de ser proferida pelo Superior Tribunal Militar. Assim justificou a concessão da medida liminar em *habeas corpus*:

---

* Advogado em São Paulo e Brasília, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, foi Procurador Geral da Justiça do Estado da Guanabara (hoje Estado do Rio de Janeiro) e Presidente da Comissão de Valores Mobiliários

1 **EVANDRO SILVA E LINS**, O Salão dos Passos Perdidos, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1997, p. 390.

2 **FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO**, Processo Penal, 23ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001, v. 4, p. 573.

3 **ARNOLDO WALD,** Do Mandado de Segurança na Prática Judiciária, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 34.

4 **EVANDRO LINS E SILVA**, O salão dos passos perdidos, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1997, p. 390.

5 RTJ, 33/616.

> *"O* ***habeas corpus****,* **do ponto de vista da sua eficácia, é irmão gêmeo do mandado de segurança. Quando este último foi instituído na Carta Política de 1934, dispôs o art. 113, § 33, que o seu 'processo será o mesmo do** ***habeas corpus*****'. O processo, como se vê, é o mesmo. A Constituição de 1946 trata do** ***habeas corpus*** **e do mandado de segurança num dispositivo junto ao outro, os parágrafos 23 e 24. Se o processo é o mesmo, e se no mandado de segurança pode o relator conceder a liminar até em casos de interesses patrimoniais, não se compreenderia que, em casos em que está em jogo a liberdade individual ou as liberdades públicas, a liminar, no habeas corpus preventivo, não pudesse ser concedida, principalmente, quando o fato ocorre em dia de sábado, feriado forense, em que o Tribunal, nem no dia seguinte, abre as suas portas. Se qualquer dúvida pudesse subsistir ao propósito, V. Exa., Senhor Presidente, as dissipou na nota que o Supremo Tribunal distribuiu à imprensa e redigida por V. Exa., nota amplamente divulgada, em que V. Exa. relembra precedente, a saber, liminar recentemente concedida pelo Almirante Espíndola, do Superior Tribunal Militar, em favor do Dr. Evandro Correia de Menezes, Procurador da Caixa Econômica, para isentá-lo de injusto procedimento. Foi suspensa a investigação, diz a nota fornecida à imprensa, e a ordem deferida pelo Superior Tribunal Militar, unanimemente".**[6]

5. Assim, na realidade, a decisão do Superior Tribunal Militar no *Habeas Corpus* nº 27.200, na qual o Ministro Almirante de Esquadra **JOSÉ ESPÍNDOLA** concedeu, em 31.08.64, a medida liminar em *habeas corpus*, por mim impetrado, em favor de **EVANDRO MONIZ CORRÊA DE MENEZES**, foi anterior ao acórdão do STF de 23.11.64, que a invocou, e precedeu o próprio deferimento da liminar pelo Ministro **GONÇALVES DE OLIVEIRA**, em 14.11.64.

6. Efetivamente, mais de dois meses antes da decisão do STF, em despacho conciso, mas preciso, que se tornaria documento histórico, o Ministro Espíndola, do STM, atendendo ao pedido do impetrante, datado de 27.08.1964, e ao aditamento deste, de 31.08.1964, salientando a necessidade urgente de concessão da liminar, assim decidiu, no mesmo dia:

> **"À Secretaria**
>
> *Sejam solicitadas as informações necessárias ao Sr. Encarregado do Inquérito Policial Militar Tenente Coronel Ignácio Domingues, esclarecendo o mesmo qual o motivo da abertura do inquérito.*
>
> **Como preliminar, determino que o Sr. Encarregado do Inquérito se abstenha de praticar qualquer ato contra o paciente até definitivo pronunciamento deste E. Tribunal, telegrafando-se ao mesmo, com urgência, para o referido fim".**

7. Após a prestação das informações, em 08.09.1964, o Superior Tribunal Militar ratificou a liminar e concedeu o *habeas corpus* por unanimidade, em 12.09.1964, nos seguintes termos:

> *"Ementa:* Habeas corpus *concedido. Incompetência da Justiça Militar para conhecer de fato ocorrido em repartição que nenhuma relação tem com a administração militar. Não cabe o exame da matéria transitada em julgado, por falta de justa causa.*
>
> *Relator: Ministro Alm. Esq. José Espíndola*
>
> *Paciente: Evandro Moniz Corrêa de Menezes, alegando, por seu advogado, que está sofrendo coação por parte do Encarregado do IPM junto à Caixa Econômica Federal do Paraná, pede liminarmente para não comparecer no dia marcado para o depoimento, bem como seja excluído do referido IPM.*
>
> *Vistos e relatados os presentes autos de hábeas corpus, impetrado em favor de Evandro Moniz Corrêa de Menezes, civil, Consultor Jurídico do Conselho Superior das Caixas Econômicas Federais, por seu advogado Dr. Arnoldo Wald, deles se verifica o seguinte:*

---

[6] RTJ 33/597.

Pede liminarmente o paciente, para não comparecer no dia marcado para o depoimento, como se vê do documento de f. 10.

A liminar foi concedida até o pronunciamento final deste Superior Tribunal.

A petição é longa e está dividida em cinco partes, para o seu melhor entendimento.

Consta do pedido abundante prova documentária em que se fundamenta o impetrante, para pedir a exclusão do paciente do Inquérito Policial Militar, em causa.

Alega o impetrante que se verifica pelo Doc. 1 que se trata, especificamente, de um enquadramento no art. 227 do COM, como crime de desobediência passível pela lei penal, decorrendo a competência do Superior Tribunal Militar, para conhecer do pedido.

O impetrante aprecia à luz de dispositivos legais a incompetência da autoridade militar para determinar, como no caso, que se trata de ato de funcionário civil praticado em exercício de suas funções em repartição civil, e matéria que pela sua própria natureza escapa à competência da Justiça Militar, por não configurar a atuação do paciente crime militar, nem mesmo em tese.

Diz o impetrante que o inquérito envolvendo a administração dos Drs. Evandro Menezes, paciente, e Manoel Franco, na Caixa Econômica Federal do Paraná, foi julgado e arquivado há cinco anos. Ambos foram punidos e demitidos da direção da Caixa.

Talvez, jamais tenha havido no Brasil um processo que haja ensejado tantos pronunciamentos definitivos das autoridades competentes, quer judiciais, quer administrativas.

Espera a concessão da ordem a fim de excluir do Inquérito Policial Militar, em causa, o paciente, cuja atuação na Caixa Econômica Federal do Paraná já foi definitivamente apreciada pelos órgãos administrativos e tribunais do país.

Solicitadas informações, foram estas prestadas pelo Tenente Coronel Paulo Domingues, Encarregado do IPM, considerada autoridade coatora, por via telegráfica e por via postal, como se vê dos documentos de f. 45 e 49.

Isto posto:

Considerando que da intimação feita pelo Encarregado do IPM (doc. Def. 10) verifica-se ameaça à liberdade de locomoção do paciente;

Considerando que a abundante prova documentária do processo mostra à saciedade que o paciente foi devidamente julgado e demitido do cargo, pelos atos praticados durante a sua gestão na Caixa Econômica Federal do Paraná, quer administrativamente, quer judicialmente, e, posteriormente, dado como inocente;

Considerando que da informação prestada (f. 49) se trata de apurar os mesmos atos da improbidade praticados pelo paciente quando Presidente da Caixa Econômica do Paraná, o que foi conhecido pelo Supremo Tribunal Federal e considerado transitado em julgado;

Considerando que não há como estender-se aos civis o foro especial da Justiça Militar, fora dos casos definidos em lei, acordam os Ministros deste Superior Tribunal, a unanimidade de votos, em conceder a ordem, por incompetência da Justiça Militar, para o fim de ser o paciente excluído do IPM, por se tratar de matéria já transitada em julgado". (os grifos são nossos)

8. Anos depois, o fato foi narrado pelo advogado Dr. **JURANDIR SCARCELA PORTELA** nos seguintes termos:

"Embora nunca tenha funcionado anteriormente em processos criminais, Arnoldo Wald, na fase mais difícil da Revolução de 1964, atendeu a apelos de clientes para impetrar habeas corpus*, tanto no STM quanto no STF. Num caso do Paraná, pleiteou a concessão de medida liminar em* habeas corpus*, perante o STM, o que na época ainda não era comum, e o Relator do processo, Alm. Espíndola, embora não tendo formação jurídica específica, convenceu-se de suas razões. A medida liminar foi concedida e, dias depois, o STF, ao apreciar o caso do Governador Mauro Borges, fundamentava-se na decisão do STM para, por sua vez, conceder a liminar em* habeas corpus *(HC 41.296). Comentava-se, na ocasião, que o STF adotava nova jurisprudência com base nas decisões da Justiça Militar".*[7]

9. Por longo tempo, houve dúvida quanto a ser realmente a decisão do Superior Tribunal Militar a primeira existente na matéria; pois, embora não se encontrasse referências na doutrina e na jurisprudência, era possível que, em determinado caso, a liminar em habeas corpus tivesse sido concedida anteriormente e não houve a possibilidade de fazer pesquisa aprofundada na matéria, em todos os tribunais do país.

10. O depoimento de **EVANDRO LINS E SILVA**, que foi, com extraordinária competência e incontestável brilho, sucessivamente Procurador-Geral da República, Ministro do Supremo Tribunal Federal e, anterior e posteriormente, advogou no crime, por mais de cinqüenta anos, tendo julgado inúmeros processos criminais na Corte Suprema, parece-nos esclarecer definitivamente a matéria.

11. Do ponto de vista histórico e em relação aos problemas da interpretação construtiva do direito, é interessante notar que a primeira liminar em *habeas corpus*, no Brasil, tenha sido dada, em pleno regime militar, por um Almirante de Esquadra, no exercício do cargo de Ministro do Superior Tribunal Militar, cuja sensibilidade e bom senso fizeram com que, após verificar a ampla documentação constante do processo, atendesse o pedido e se convencesse ouvindo os argumentos de um então jovem advogado.

12. Por outro lado, tendo o mandado de segurança se inspirado na doutrina brasileira do *habeas corpus*, houve um fenômeno reflexo, argüindo-se a analogia entre os dois institutos, a fim de conceder, para a proteção da liberdade de ir e vir, a medida liminar que constava da legislação do mandado de segurança. Essa decisão do Superior Tribunal Militar acabou influenciando e justificando, pela existência de um precedente, a posição do Supremo Tribunal Federal e, daí por diante, tornou-se um procedimento banal e corriqueiro em favor da liberdade individual.

13. Comentando o assunto em artigo, a Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura e a advogada Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo, escreveram que:

> *"No Código de Processo Penal não há dispositivo legal autorizador da concessão de ordem liminar em* habeas corpus*, ou de qualquer forma de tutela antecipada.*
>
> .....
>
> *Os tribunais, em vanguarda, sensíveis à necessidade, em alguns casos, do adiantamento da tutela, passaram a admitir a possibilidade de concessão da ordem liminar em habeas corpus. Lastrearam-se na lei que disciplina o mandado de segurança, sem deslembrar que o Código de Processo Penal não a proibiu, mas a ensejou."* [8]

14. Em seguida, após referir-se ao *habeas corpus* do Governador Mauro Borges, ao qual já aludimos, as autoras reconhecem, que a decisão do Supremo Tribunal Federal teve como precedente a da Justiça Militar "concedida pelo Almirante José Espínola, quando integrava o STM".[9]

15. Finalmente, reconhecem que atualmente está sedimentada pela jurisprudência a viabilidade da concessão da ordem liminar de *habeas corpus*, citando numerosos acórdãos, todos posteriores a 1964, além de normas regimentais dos vários tribunais e a posição mansa e pacífica da doutrina.[10]

16. Decorridas mais de quatro décadas da decisão proferida no regime militar, é importante restabelecer a verdade histórica, utilizando o depoimento imparcial do Ministro **EVANDRO LINS E SILVA** (que participou da primeira decisão proferida no Supremo Tribunal Federal no caso de **MAURO BORGES**) e prestando, assim, uma justa homenagem à Justiça Militar e especialmente ao Superior Tribunal Militar.

---

7 O direito na década de 1990: Novos aspectos (Estudos em homenagem ao Professor **ARNOLDO WALD)**, obra coordenada por **PAULO DOURADO DE GUSMÃO** e **SEMY GLANZ**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p. 447-488.

8 **MARIA THERESA ROCHA DE ASSIS MOURA** e **CLEUNICE A. VALENTIM BASTOS PITOMBO**, "*Habeas corpus* e Advocacia Criminal: Ordem liminar e âmbito de coguição", *in* Justiça Penal – 5 Tortura, Crime Militar e *Habeas Corpus*" coordenação de Jaques de Camargo Penteado, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 141 e 142.

9 Obra citada na nota anterior, p. 143, nota 37.

10 Obra citada, p. 144 e seguintes.

17. Se a coragem é a dignidade sob pressão, conforme lembra **ERNEST HEMINGWAY**, a concessão da medida liminar em *habeas corpus*, sucessivamente pelo Superior Tribunal Militar e pelo Supremo Tribunal Federal, nas condições existentes em 1964, em processos que acompanhamos como advogado de vários pacientes, representou tanto uma construção jurídica necessária e fecunda, que honra a cultura jurídica do nosso país, quanto uma importante contribuição para a defesa do Estado de Direito e uma prova inequívoca da independência e da coragem cívica da nossa magistratura.

18. Quando, tempos depois, o Superior Tribunal Militar me condecorou com a Medalha do Mérito Judiciário Militar, foi lembrado pelos Ministros, que a homenagem, que me era prestada, justificava-se por ter ensejado a decisão pela qual foi modificada a jurisprudência anterior e ter enriquecido, assim, a doutrina brasileira do *habeas corpus*.

Direitos Humanos e a Administração da Justiça por Tribunais Militares

Flavio Flores da Cunha Bierrenbach*

I - Introdução

Em novembro de 2006, em Genebra, no Palácio das Nações, foi realizado Seminário Internacional sobre Direitos Humanos e a Administração da Justiça por Tribunais Militares. A organização coube ao Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas (*OHCHR*) e à Comissão Internacional de Juristas (*ICJ*). Pela primeira vez, a Justiça Militar, como instituição, foi submetida a critérios de direito internacional público e de direitos humanos no foro das Nações Unidas.

Esse Seminário foi precedido, em setembro do mesmo ano, por dois dias de estudos e debates na Universidade de Paris (*Sorbonne*), promovidos pela *UMR* (*Unité Mixte de Droit Comparé de Paris*), que examinou, sob a perspectiva do direito comparado, o tema geral da Administração da Justiça pelas Jurisdições Militares e de Exceção. Dentre outros assuntos correlatos, foram apresentados estudos de casos relativos a 15 países. Coube-me formular os comentários alusivos aos trabalhos acerca do Brasil[1], do Chile, do Egito e da República dos Camarões.

A questão dos direitos humanos e da administração da justiça por tribunais militares tem sido objeto de crescente interesse. No ano 2000, a Sub-Comissão para Promoção e Proteção de Direitos Humanos das Nações Unidas inaugurou uma série de estudos. Em 2004, a Comissão Internacional de Juristas (*ICJ*) organizou seminário de especialistas com esse objetivo. A Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, em sua 61ª Sessão, referiu-se expressa e positivamente em relação à continuidade dos estudos e debates relativos à temática da administração da justiça por parte de tribunais militares, mediante duas resoluções complementares. A primeira diz respeito à "integridade do sistema judicial"[2], e a segunda refere-se à "independência e imparcialidade do judiciário"[3], ambas adotadas em 19 de abril de 2005.

Nessas resoluções foi analisado o relatório submetido pelo especialista independente Mr. Emmanuel Decaux, com o **Projeto de Princípios sobre a Administração da Justiça por Tribunais Militares**[4], tendo sido deliberado que uma versão revista será apreciada pela Comissão de Direitos Humanos e oportunamente levada à consideração do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas.

Embora não tenham sido tomadas quaisquer decisões no Seminário de Genebra, o sumário das discussões permitiu algumas conclusões homogêneas: em primeiro lugar, a evidência de que não há um modelo uniforme para o exercício da jurisdição militar, mas apenas uma certa generalidade de princípios; em segundo lugar, que a legitimidade do emprego do monopólio da força justifica a especificidade da jurisdição militar; finalmente, que os direitos humanos constituem uma unidade internacional, interdependente e inter-relacionada, na qual os valores da liberdade e da igualdade se conjugam e se completam.

---

* Ministro do Superior Tribunal Militar

1 A ilustração nacional acerca do Brasil foi feita pela Professora Kathia Martin-Chenut, doutora em Direito Internacional Público pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e pesquisadora do *Collège de France*

2 Resolução 2005/30.

3 Resolução 2005/33.

4 Os "**20 princípios**" estão no Anexo 1.

Ficou assentado também em Genebra que uma proposta de programa para próximos encontros deveria contemplar basicamente quatro temas:

1) identificar as questões centrais enfrentadas nas cortes militares;
2) definir critérios mais claros para estabelecer limites entre infrações penais e infrações disciplinares;
3) introduzir no currículo dos magistrados militares exigências de proficiência em direitos humanos e direito internacional humanitário;
4) ampliar o coeficiente de independência dos juízes militares e fixar parâmetros mínimos necessários para que os tribunais militares alcancem independência e imparcialidade.

Fui incumbido de versar esse último tópico no encontro subsequente, realizado no Brasil[5]. Minha intervenção limitou-se a breve síntese das idéias e dados a seguir expostos.

II - Independência, competência e imparcialidade da Justiça Militar

a) Independência e integridade do sistema recursal;
b) Em que estágio uma decisão é suscetível de revisão por corte civil.

O tema que me propus a abordar nesse Seminário Internacional diz respeito à análise da sistemática recursal da Justiça Militar da União, com ênfase na competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar as decisões do Superior Tribunal Militar, e relaciona-se ao princípio nº 17[6] do **Projeto de Princípios sobre a Administração da Justiça por Tribunais Militares**.

A proposta principiológica indica a necessidade de revisão das decisões judiciais de primeira instância da Justiça Militar, em grau de apelação, por um tribunal ordinário e, em qualquer caso, o controle de legalidade deve recair nas mãos do órgão supremo do poder judiciário. Ainda, segundo o princípio nº 17, o conflito de competência entre a jurisdição militar e a ordinária deve ser solucionado por órgão judicial de jurisdição ordinária, integrado por magistrados independentes, imparciais e competentes, como um tribunal supremo ou corte constitucional. A expressão jurisdição ordinária, no caso, deve ser entendida como sinônima de jurisdição comum, entendendo-se por jurisdição comum toda aquela que não é especial. A jurisdição militar, no Brasil, embora especial, não é jurisdição de exceção. Nessa acepção, assim como a justiça militar, a justiça trabalhista e a justiça eleitoral também são consideradas jurisdições especiais.

Importa, de início, a afirmação no sentido de que o ordenamento jurídico brasileiro assegura a todos amplo acesso ao Poder Judiciário e duplo grau de jurisdição. A declaração de direitos estatuída na Constituição Federal[7] é clara ao estabelecer que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Da mesma forma, são assegurados aos litigantes em processo judicial e administrativo, o contraditório e ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes[8]. Não há, por certo, no texto constitucional, referência expressa à garantia processual do duplo grau de jurisdição, que decorre da própria estrutura hierarquizada do Poder

---

[5] **Seminário Internacional sobre Direitos Humanos e a Administração da Justiça por Tribunais Militares**, realizado no Palácio do Itamaraty, em Brasília, entre 27 e 29 de novembro de 2007, organizado pelo Superior Tribunal Militar do Brasil e Ministério de Relações Exteriores do Brasil, promovido pelo Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas (*OHCHR*) e Comissão Internacional de Juristas (*ICJ*), com apoio da Fundação Instituto Brasileiro de Direito Militar e Humanitário (*IBDMH*).

[6] **Princípio nº 17**. Interposição de recursos perante os tribunais ordinários. Em todos os casos em que existam órgãos judiciais militares, sua competência deveria estar limitada à primeira instância. Por conseguinte, os recursos, especialmente o de apelação, deveriam exercitar-se perante tribunais ordinários. Em todos os casos, o controle de legalidade deve permanecer em mãos da suprema instância da jurisdição.
Os conflitos de competência e de jurisdição entre tribunais militares e tribunais da jurisdição ordinária deveriam ser resolvidos por um órgão judicial superior pertencente à jurisdição ordinária, integrado por magistrados independentes, imparciais e competentes, como o tribunal supremo ou o tribunal constitucional.

[7] CF, art. 5º, XXXV.

[8] CF, art. 5º, LV.

Judiciário e da criação constitucional de recursos e meios de impugnação autônoma. A garantia surge expressamente em diversos tratados internacionais de direitos humanos, como é o caso do Pacto de San José da Costa Rica[9], incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro[10], que prevê expressamente o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal de instância superior. O mesmo se pode dizer do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos[11], também incorporado ao direito interno.

Muitas outras disposições normativas contidas na declaração de direitos e garantias individuais evidenciam o tratamento constitucional do processo penal e são reveladoras da formação, a partir da Constituição de 1988, de um Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana, transformando o processo penal de simples instrumento de justiça em garantia da liberdade.

Dito isso, é possível afirmar que a Justiça Militar da União conforma-se parcialmente ao princípio nº 17, sem que disso decorra a inadequação do sistema judicial moldado pelo constituinte de 1988. O Brasil tem um Poder Judiciário independente desde a primeira Constituição republicana, de 1891, que consagrou o sistema da tripartição do poder, tal como concebido nos textos clássicos de Locke e de Montesquieu. A Justiça Militar está integrada ao Poder Judiciário desde 1934.

O Poder Judiciário brasileiro tem sua estrutura definida na Constituição Federal[12]. São seus órgãos o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, Tribunais e Juízes do Trabalho, Tribunais e Juízes Eleitorais, Tribunais e Juízes Militares, Tribunais e Juízes dos Estados, do Distrito Federal e Territórios.

Nesse complexo emaranhado de órgãos judiciais, destaco os Tribunais e Juízes Militares, já que incumbidos do exercício do poder jurisdicional na esfera militar, tema dos debates do encontro internacional aludido.

Estabeleceu a Constituição Federal, assim, a organização do Poder Judiciário, instituindo um órgão de cúpula, qual seja, o Supremo Tribunal Federal, dotado de amplo espectro de competência. Aqui se destaca o controle de constitucionalidade dos atos normativos e da lei. Esse é feito de duas formas: controle concentrado, por via da ação direta, segundo o modelo instituído na Europa, como atribuição das Cortes Constitucionais; e controle difuso, por via incidental, segundo a tradição norte-americana, feito sobre os casos concretos submetidos à sua jurisdição.

Logo abaixo do Supremo Tribunal Federal, na estrutura hierarquizada do Poder Judiciário, foram instituídos quatro tribunais superiores: Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral e Superior Tribunal Militar, sendo este último o órgão de cúpula da jurisdição militar federal.

No Superior Tribunal Militar a jurisdição é exercida de duas formas: em tempo de paz e em tempo de guerra, com organizações distintas para cada período.

Em **tempo de paz** os órgãos de **primeira instância** encontram-se divididos em doze circunscrições judiciárias militares, distribuídas pelo território nacional, onde são instalados os Conselhos de Justiça com competência para processo e julgamento dos crimes militares definidos em lei[13]. Os crimes podem ser aqueles contra militares, contra o dever militar, contra a

---

[9] Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969.

[10] Decreto nº 678/92, em combinação com o art. 5º, § 2º da Constituição Federal.

[11] Decreto nº 592/92.

[12] CF, art. 92.

[13] Código Penal Militar, art. 9º.

administração e o patrimônio militar, ou ainda delitos que tenham ocorrido em locais sob administração militar. E, como órgão de **segunda instância**, o Superior Tribunal Militar, exercendo função ambivalente, tanto de tribunal de apelação quanto de tribunal superior. É o único caso, na estrutura do Poder Judiciário brasileiro, de tribunal superior com funções de órgão de segunda instância, já que nos demais ramos do poder judiciário (trabalhista, eleitoral e jurisdição federal comum) há tribunais regionais intermediários entre a primeira instância e os órgãos superiores.

Como regra geral, a jurisdição militar é exercida, inicialmente, na primeira instância, com o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público Militar. A exceção é a hipótese de ação penal originária, a ser julgada em primeira e única instância pelo Superior Tribunal Militar, quando o agente de conduta delituosa for oficial-general das Forças Armadas.

Todas as impugnações e recursos formulados contra as decisões judiciais de primeira instância da Justiça Militar são julgadas pelo Superior Tribunal Militar, seja em grau de recurso de apelação, seja pela impetração de *habeas corpus*.

As decisões do Superior Tribunal Militar são impugnadas perante o Supremo Tribunal Federal, de duas formas: pela via recursal, com utilização do recurso extraordinário; pela via da ação autônoma, em especial o *habeas corpus*. O Supremo Tribunal Federal também julga conflito de competência instaurado entre o Superior Tribunal Militar[14] e outros órgãos judiciais da jurisdição ordinária.

Em **tempo de guerra**, a composição da Justiça Militar é diferente e encontra-se regulada na lei[15]. Como órgãos de **primeira instância**, estão previstos o Juiz-Auditor, com competência para julgar praças e civis, e o Conselho de Justiça Militar, competente para julgamento de oficiais até o posto de coronel. Surge, como órgão de **segunda instância**, o Conselho Superior de Justiça Militar, composto por dois oficiais-generais e um Juiz-Auditor, ao qual compete processar e julgar originariamente os oficiais-generais e as apelações interpostas contra sentenças dos órgãos de primeira instância. É importante destacar que a legislação vigente jamais foi aplicada, uma vez que o País não se viu envolvido em nenhum conflito armado no período. Para registro, durante a Segunda Guerra Mundial[16] foram julgados 271 (duzentos e setenta e um) processos, tendo sido aplicadas duas penas de morte[17].

Há na lei processual expressa vedação de interposição de embargos contra as decisões do Conselho Superior de Justiça Militar[18], bem como de impetração de *habeas corpus* ou pedido de revisão. A restrição legal à utilização do *habeas corpus* parece não ter sido recepcionada pela Constituição Federal, pelo *status* de garantia de direito fundamental, somente podendo sofrer restrições pela própria norma constitucional[19].

Acerca desse tema específico, é cabível o estabelecimento de paralelo com discussão em andamento no âmbito da Suprema Corte norte-americana, a respeito da possibilidade de acesso à Justiça pelos prisioneiros de guerra, na luta travada pelos Estados Unidos da América contra o terrorismo. A tendência da Suprema Corte, até o momento, é a vedação de acesso ao Poder Judiciário, em benefício da manutenção de sigilo das operações militares.

---

[14] CF, art. 102, inciso I, alínea "o".

[15] Código de Processo Penal Militar (Dec.-lei nº 1002/69) e Lei de Organização Judiciária Militar (Lei nº 8.457/92).

[16] O Exército Brasileiro participou da 2ª Guerra Mundial, enviando à Itália uma Força Expedicionária Brasileira (FEB), com uma Divisão de Infantaria (25.334 homens e 67 mulheres), A Força Aérea Brasileira combateu na Europa com um Grupo de Caça e uma Esquadrilha de Ligação e Observação (487 homens e 6 mulheres). A Marinha do Brasil participou de operações no Atlântico Sul, sendo certo que 33 navios brasileiros foram torpedeados por submarinos do Eixo.

[17] As duas penas capitais foram comutadas pelo Presidente da República e, portanto, não executadas.

[18] CPPM, art. 703.

[19] CF, art. 142, § 2º.

Ao Superior Tribunal Militar compete o processo e julgamento do comandante do teatro de operações, condicionada a instauração da ação penal à requisição do Presidente da República[20]. Em suma, não há qualquer previsão legal de revisão de decisão de órgão da jurisdição militar, em tempo de guerra, por tribunal civil.

Essa é, em síntese, a forma de impugnação das decisões oriundas da Justiça Militar da União perante o Supremo Tribunal Federal.

III - Análise das decisões do Supremo Tribunal Federal

Aqui introduzo pesquisa que desenvolvi para analisar as causas decididas pelo Superior Tribunal Militar, entre 2000 e 2005, e que foram impugnadas perante o Supremo Tribunal Federal, tanto pela via recursal quanto pela via autônoma. A tabela anexa[21] apresenta os resultados. A Secretaria Judiciária do Superior Tribunal Militar forneceu informações que permitiram a coleta de dados, por exemplo, o número de decisões proferidas pelo Superior Tribunal Militar no período, bem como a relação das que foram levadas ao Supremo Tribunal Federal. Da Suprema Corte brasileira, foram analisadas 58 (cinqüenta e oito) decisões que, naquele lapso de tempo, acolhendo recursos, reformaram deliberações do Superior Tribunal Militar. Desse total, 51 (cinqüenta e uma) são decisões tomadas em *habeas corpus* e recurso em *habeas corpus*. O restante diz respeito aos recursos extraordinários e agravos de instrumento. As principais **conclusões** a que cheguei são as seguintes:

- A taxa de recorribilidade das decisões do Superior Tribunal Militar é baixíssima. Em média, as partes recorreram em menos de 8% das decisões. Em 2000, por exemplo, a Corte Militar proferiu 674 (seiscentas e setenta e quatro) decisões, e apenas 24 (vinte e quatro) foram impugnadas, o que representa 3,5% do total. Em 2001, a taxa de recorribilidade sobe para 6,5%; em 2002, 7,5%; em 2003, 3,8%; em 2004, 6,7%; e em 2005, 7,9%.
- A Defensoria Pública da União é responsável pela maior parte das impugnações bem sucedidas perante o Supremo Tribunal Federal. Das 58 (cinqüenta e oito) decisões reformadas, 23 (vinte e três) foram tomadas em recursos e impugnações apresentadas pela Defensoria Pública da União. Outros 2 (dois) *habeas corpus* foram impetrados pelo Dr. Mário Sérgio Marques Soares, Subprocurador-geral da Justiça Militar, também palestrante no Seminário Internacional, implicando a cassação de decisão do Superior Tribunal Militar, que desarquivou irregularmente inquérito policial militar e recebeu denúncia de furto.
- Nada menos que 15 (quinze) decisões do Supremo Tribunal Federal referem-se à aplicação da Lei nº 9.099/95[22] à Justiça Militar, que instituiu o sistema de processo e julgamento dos delitos de menor potencial ofensivo. Desde sua promulgação, em 26 de setembro de 1995, o Superior Tribunal Militar firmou jurisprudência pela inaplicabilidade da lei aos crimes militares. A matéria é objeto da Súmula nº 9[23]. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, estabeleceu entendimento oposto e uniforme, no sentido da aplicação do referido diploma legal aos crimes militares. Entretanto, outra lei[24] afastou a

[20] Lei nº 8.457/92, art. 95, parágrafo único.

[21] A tabela está no Anexo 2.

[22] Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

[23] **Súmula nº 9:** "A Lei nº 9.099, de 26.09.1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências, não se aplica à Justiça Militar da União."

[24] Lei nº 9.839, de 27 de setembro de 1999, acrescentou o artigo 90-A à Lei nº 9.099/95.

aplicação desse diploma à Justiça Militar. A partir de então, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, também de modo uniforme, estabeleceu a aplicação dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95, limitados ao período fixado entre a promulgação das duas leis, ou seja, de 26 de setembro de 1995 a 27 de setembro de 1999. Nesse sentido, transcrevo acórdão:

"HABEAS CORPUS - EXIGÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO NOS CRIMES DE LESÕES CORPORAIS LEVES OU DE LESÕES CULPOSAS (LEI Nº 9.099/95, ART. 88) - INCIDÊNCIA RESIDUAL NO ÂMBITO DA JUSTIÇA MILITAR, EM FACE DA SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 9.839/99 - CONSUMAÇÃO DA DECADÊNCIA - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - PEDIDO DEFERIDO.

São ainda aplicáveis, à Justiça Militar, por efeito do que determina o art. 5º, XL, da Constituição Federal, os institutos de direito material previstos na Lei nº 9.099/95, especialmente as medidas despenalizadoras pertinentes à exigência de representação nas hipóteses de lesões corporais leves ou de lesões corporais culposas (art. 88) e à suspensão condicional do processo penal (art. 89), desde que os delitos militares tenham sido praticados antes da vigência da Lei nº 9.839/99.

*Se o ofendido, no prazo legal, deixa de formalizar a representação a que se refere o art. 88 da Lei nº 9.099, de 26/09/95, opera-se, em conseqüência de sua inércia, a decadência do direito de postular a instauração da **persecutio criminis**, circunstância esta que enseja o reconhecimento da extinção da punibilidade do agente.*

JUSTIÇA MILITAR – LEI Nº 9.099/95 – INAPLICABILIDADE DETERMINADA POR LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE – INSTITUTOS DE DIREITO MATERIAL FAVORÁVEIS AO AUTOR DE CRIMES MILITARES PRATICADOS ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.839/99 - ULTRATIVIDADE DA LEI PENAL BENÉFICA - IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, art. 5º, XL).

*A Lei nº 9.839/99 (**lex gravior**) - que torna inaplicável à Justiça Militar a Lei nº 9.099/95 (**lex mitior**) - não alcança, no que se refere aos institutos de direito material, os crimes militares praticados antes de sua vigência, ainda que o inquérito policial militar ou o processo penal sejam iniciados posteriormente.*

A eficácia ultrativa da norma penal mais benéfica - sob cuja égide foi praticado o fato delituoso - deve prevalecer por efeito do que prescreve o art. 5º, XL, da Constituição, sempre que, ocorrendo sucessão de leis penais no tempo, constatar-se que o diploma legislativo anterior qualificava-se como estatuto legal mais favorável ao agente.

*O sistema constitucional brasileiro impede que se apliquem leis penais supervenientes mais gravosas, como aquelas que afastam a incidência de causas extintivas da punibilidade (dentre as quais se incluem as medidas despenalizadoras da suspensão condicional do processo e da exigência de representação nos delitos de lesões corporais leves e culposas), a fatos delituosos cometidos em momento anterior ao da edição da **lex gravior**. (STF - HC 79.951-5/MG – 2ª Turma – Rel. Min. Celso de Mello – decisão unânime – julgamento em 29/02/2000, publicação em 18/08/2000)*

- Como resultado dessa orientação jurisprudencial, no período analisado, nos 15 (quinze) julgados do Supremo Tribunal Federal, foi decidida a aplicação da Lei nº 9.099/95 em casos de crimes de deserção, lesão corporal culposa e dolosa, abandono de posto, desacato, pederastia e porte de substância entorpecente. A aplicação da lei, nesses casos, resultou em extinção do processo, por falta de representação do ofendido, nas hipóteses de lesão corporal; em transação penal e suspensão condicional do processo, nos demais delitos.
- Nos casos de lesão corporal, da orientação unânime de inaplicabilidade da Lei nº 9.099/95, adotada pelo Superior Tribunal Militar, derivou ampla taxa de impunidade. A

razão está no artigo 88[25], que exige representação do ofendido para a deflagração da ação penal em casos de lesão corporal leve e culposa.

- Outras 6 (seis) decisões do Supremo Tribunal Federal concederam liberdade provisória aos pacientes, reconhecendo ausência de fundamentação do decreto de prisão preventiva, excesso de prazo de prisão processual e mera execução antecipada da pena final.
- Em 4 (quatro) decisões foram anulados alguns julgados do Superior Tribunal Militar em matéria de deserção, por questões técnicas, como culpabilidade e nulidades processuais.
- Um único recurso extraordinário foi provido pelo Supremo Tribunal Federal para, dirimindo questão relativa a conflito de competência, reconhecer a natureza não militar de crime de tortura e determinar a remessa dos autos à jurisdição comum[26].
- Com isso, conclui-se que a via recursal é quase ineficaz no processo de revisão das decisões do Superior Tribunal Militar. Em contrapartida, a impugnação por ação autônoma (*habeas corpus* e recurso ordinário em *habeas corpus*) é a que se mostra mais eficaz para reformar decisões da Corte Militar. Acerca da efetividade do *habeas corpus*, cabe relembrar o papel pioneiro do Superior Tribunal Militar na introdução de medida liminar, concedida pela primeira vez em 31 de agosto de 1964 (no início do regime de exceção), pelo Almirante José Espíndola, relator do HC 27.200, do antigo Estado da Guanabara. O ineditismo é reconhecido pela doutrina[27] e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[28]. Cabe ainda dizer que o instituto do *habeas corpus* é contemplado na legislação ordinária brasileira desde 1832, com alcance mais amplo e abrangente do que hoje tem. Foi apenas no final do século XIX[29] e no início do século XX que, a partir do magistério de Pedro Lessa e de Rui Barbosa, dentre outros, elaborou-se uma "doutrina brasileira do *habeas corpus*", concebendo-se novos *writs*, como o mandado de segurança, para hipóteses de constrangimento ilegal alheias à liberdade de locomoção.
- Em matéria processual, as decisões do Supremo Tribunal Federal abordaram temas diversos: trancamento de ação penal por falta de justa causa, nulidade de prova pericial, cerceamento de defesa, inépcia de denúncia.
- Em tema de direito material, houve decisões acerca do delito e da pena. Os crimes mais recorrentes tratados nas decisões do Supremo Tribunal Federal são a deserção, a lesão corporal e o estelionato. Em geral, as discussões acerca do delito culminam em trancamento de ação penal deflagrada pelo Superior Tribunal Militar[30], por falta de justa causa.
- A despeito da antigüidade das leis aplicadas na Justiça Militar, anteriores à promulgação da Constituição Federal[31], apenas uma decisão do Supremo Tribunal Federal declarou a não-recepção de dispositivo processual penal[32].

---

[25] Lei nº 9.099/95, art. 88: "Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas."

[26] RE nº 407.721/DF.

[27] Fernando da Costa Tourinho, *Processo Penal,* vol. 4, 23ª edição. Saraiva, São Paulo, 2001.

[28] RTJ 33/590.

[29] Decreto-Lei nº 848, de 11 de outubro de 1890.

[30] Acolhendo recursos em sentido estrito contra decisões de rejeição de denúncia na instância *a quo*, conforme art. 516, "d", do Código de Processo Penal Militar.

[31] Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001/1969) e Código de Processo Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.002/1969). Diplomas legais outorgados em pleno período de exceção.

[32] No *Habeas Corpus* 80.855-7/RJ, relatado pela Ministra Ellen Gracie, foi reconhecida a não-recepção do art. 417, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Penal Militar, por facultar à defesa a indicação de no máximo 3 (três) testemunhas, enquanto o Ministério Público Militar está legalmente autorizado a arrolar até 6 (seis) testemunhas.

- Em matéria de pena, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a extinção da punibilidade pelo advento da prescrição, discutiu a forma de cumprimento de pena imposta a militar da ativa, o critério de exasperação da pena em hipótese de continuidade e anulou decisão do Superior Tribunal Militar que inobservou o critério trifásico de fixação de pena privativa de liberdade.
- No tocante à submissão de civis à jurisdição militar, tema afeito ao princípio nº 5, há uma única decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a excepcionalidade da Justiça Militar para processar civis, em tempo de paz[33]. Afirmou o Supremo Tribunal Federal: "*Não se tem por configurada a competência penal da Justiça Militar da União, em tempo de paz, tratando-se de réus civis, se a ação delituosa, a eles atribuída, não afetar, ainda que potencialmente, a integridade, a dignidade, o funcionamento e a respeitabilidade das instituições militares, que constituem, em essência, nos delitos castrenses, os bens jurídicos penalmente tutelados.*" O Supremo Tribunal Federal, no caso, cassou decisão do Superior Tribunal Militar que recebera a denúncia contra civil, acusado do crime de lesão corporal culposa. *Contrario sensu*, é logicamente correta a afirmação de que as condutas de agentes civis que afetem a integridade, a dignidade, o funcionamento e a respeitabilidade das instituições militares podem ser submetidas à jurisdição especial.
- Em outro *habeas corpus*[34], o Supremo Tribunal Federal cassou decisão do Superior Tribunal Militar que determinou a deflagração de ação penal contra civil, autor de livro considerado ofensivo às Forças Armadas. No caso, entendeu o Supremo Tribunal Federal que "*a liberdade de expressão constitui-se em direito fundamental do cidadão, envolvendo o pensamento, a exposição de fatos atuais ou históricos e a crítica*".

IV - Conclusões

Apresento, assim, minhas conclusões finais, extraídas da exposição da sistemática recursal da justiça militar, tanto em tempo de paz quanto em tempo de guerra, e da pesquisa feita nos recursos remetidos ao Supremo Tribunal Federal, no período de 2000 a 2005.

1. A Justiça Militar da União atende parcialmente ao enunciado do princípio nº 17. Em tempo de paz, as decisões de primeira instância são revistas por Corte Militar, no caso o Superior Tribunal Militar, quando o princípio propõe a revisão por órgão judicial ordinário, entendido como aquele submetido à jurisdição comum ou civil, em oposição à jurisdição especial ou militar.
2. Em tempo de guerra, a lei não prevê possibilidade de revisão de decisão da justiça militar por Corte civil, nem pela via recursal nem pela via da impugnação autônoma. Há, ao contrário, expressa vedação legal de utilização do *habeas corpus*, no artigo 706 do Código de Processo Penal Militar, cuja constitucionalidade reputo duvidosa.
3. Os conflitos de competência entre a jurisdição militar e a civil são decididos por Cortes civis, no caso, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, nas hipóteses em que o conflito seja instaurado perante o Superior Tribunal Militar. Nesse aspecto, portanto, o princípio nº 17 é plenamente observado pela jurisdição militar brasileira.
4. O sistema recursal da justiça militar é efetivo, permitindo às partes amplo acesso às Cortes superiores, com diversos recursos na lei processual penal militar que podem ser utilizados, além da previsão constitucional do *habeas corpus*.
5. É baixa a taxa de recorribilidade das decisões proferidas pelo Superior Tribunal Militar,

[33] HC 81.963/RS.
[34] HC 83.125/DF.

correspondente a 5,98%, se comparada à taxa média de 30,06% dos Tribunais Regionais Federais, apurada no Relatório Anual de 2006, disponível na página da *internet*[35] do Conselho Nacional de Justiça.

6. A utilização do *habeas corpus* mostrou-se o modo mais eficaz para obtenção de reforma das decisões do Superior Tribunal Militar perante o Supremo Tribunal Federal. Em seis anos apurados, apenas um único recurso extraordinário foi provido.
7. A inadequação parcial da Justiça Militar da União ao princípio nº 17 não suprime a efetividade do seu sistema recursal, uma vez que há ampla possibilidade legal de revisão de suas decisões pelo Supremo Tribunal Federal, cabendo às partes a utilização dos recursos e das impugnações legalmente previstas.

Em síntese final, é de se reiterar que, consideradas suas peculiaridades, a Justiça Militar da União, no Brasil, está perfeitamente conforme os mais exigentes critérios de imparcialidade, integridade e independência estabelecidos nos padrões internacionais dos povos civilizados.

Brasília, 27 de novembro de 2007.
Flávio Flores da Cunha Bierrenbach
Ministro do Superior Tribunal Militar

Bibliografia

ALBUQUERQUE, Bento Costa Lima Leite de. *A Justiça Militar na Campanha da Itália*. Imprensa Oficial, Fortaleza, 1958.

ANDREU-GUZMAN, Federico. *Terrorism and Human Rights, nº 02*. International Comission of Jurists, Geneva, 2003.

_____. *Fuero Militar y Derecho Internacional - Los Tribunales Militares y las graves violaciones a los Derechos Humanos*. Comisión Internacional de Juristas, Bogotá, 2003.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por Ato Jurisdicional*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981.

Associação Juízes para a Democracia. *Direitos Humanos - visões contemporâneas*. São Paulo, 2001.

BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos*. Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 10ª ed. Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1999.

CARVALHO, José Murilo de. *Forças Armadas e Política no Brasil*. Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 2005.

CASTRO, Celso. *Os Militares e a República*. Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1995.

Centre for the Independence of Judges and Lawyers Bulletin. *The Independence of Judges and Lawyers: a Compilation of International Standards*. Nº 25-26. Editor Reed Brody, Geneva, 1990.

Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. *Direitos Humanos no cotidiano jurídico*. Série Estudos, nº 14, São Paulo, 2004.

Commission Internationale de Juristes. *Le Droit à un recours et à obtenir réparation en cas de violations*

[35] (www.cnj.gov.br).

graves des Droits de l'Homme. Nº 2 - Série des guides practiques. Geneve, Suisse, 2006.

CORWIN, Edward S. *A Constituição Americana e seu significado atual*. Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1986.

DELMAS-MARTY, Mirreille; FRONZA, Emmanuela; LAMBERT-ABDELGAWAD, Élizabeth. *Les Sources du Droit International Penal*. Société de Legislation Comparée, Paris, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. *A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; e JAY, John. *The Federalist Papers*. Penguin Books, New York, 1961.

HOBSBAWN, Eric. *Globalização, Democracia e Terrorismo*. Companhia das Letras, São Paulo, 2007.

International Review of the Red Cross. *Communication*. Cambridge University Press, Geneva, Vol. 87, n° 860, December, 2005.

_____. *Detention*. Cambridge University Press, Geneva, Vol. 87, n° 857, March 2006.

_____. *International criminal tribunals*. Cambridge University Press, Geneva, Vol. 88, n° 861, March 2006.

_____. *Means of warfare*. Cambridge University Press, Geneva, Vol. 87, n° 859, September 2005.

_____. *Methods of warfare*. Cambridge University Press, Geneva, Vol. 88, n° 864, December 2006.

_____. *Private military companies*. Cambridge University Press, Geneva, Vol. 89, n° 865, March 2007.

_____. *Truth and reconciliation commissions*. Cambridge University Press, Geneva, Vol. 88, n° 862, June 2006.

Konrad Adenauer Stiftung. *A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário*. Série Debates, nº 20, 1999.

_____. *Cinqüenta Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Série Pesquisas, nº 11, 1999.

LAQUEUR, Walter; e RUBIN, Barry (org.). *Human Rights Reader*. First Meridian Printing, New York, 1979.

LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos*, Editora Manole, Barueri, 2005.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Editora Vozes, Petrópolis, 1994.

LORANDI, Adriana (coord.). *Les Sources du Droit International*. Ed. Ministério Público Militar, Brasília, 2007.

MAIA, Marrielle. *Tribunal Penal Internacional: Aspectos Institucionais, Jurisdição e Princípio de Complementaridade*. Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2001.

MARKS, Susan; CLAPHAM, Andrew. *International Human Rights Lexicon.* Oxford University Press, New York, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais.* Coleção Temas Jurídicos, Editora Atlas, São Paulo, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 4ª ed. Max Limonad, São Paulo, 2000.

REALE Jr., Miguel. *Teoria do Delito*, 2ª ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.

REBOUÇAS, Francisco de Paula Sena. *Fim de Século e Justiça.* Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2002.

RISHMAWI, Mona A. *Attacks on justice: The harassment and persecution of Judges and Lawyers*. Centre for the Independence of Judges and Lawyers, Geneva, 1995.

ROCHA, Lincoln Magalhães da. *A Constituição Americana: Dois Séculos de Direito Comparado.* Edições Trabalhistas, Rio de Janeiro, 1987.

SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e Democracia.* Editora Fórum, Belo Horizonte, 2007.

SCHWARTZ, Bernard. *The Great Rights of Mankind: A History of the American Bill of Rights.* Oxford University Press, New York, 1997.

SCHUBSKY, Cássio (coord). *Estado de Direito Já! Os trinta anos da Carta aos Brasileiros.* Lettera.doc, São Paulo, 2007.

STERMAN, Sonia. *Responsabilidade do Estado.* Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal,* 4º vol., 18ª ed. Saraiva, São Paulo, 1997.

TRINDADE, José Damião de Lima. *História Social dos Direitos Humanos.* Editora Fundação Peirópolis, São Paulo, 2002.

TELLES Jr., Goffredo. *Estudos.* Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2005.

ZOLO, Danilo. *La justicia de los vencedores.* 1ª ed., Edhasa, Buenos Aires, 2007.

Anexo 1

Projeto de Princípios sobre a Administração da Justiça por Tribunais Militares

1. Criação de Tribunais Militares: Tribunais Militares, quando existirem, devem ser instituídos pela Constituição ou pela lei, respeitando o princípio de separação de poderes.
2. Respeito às normas de direito internacional**:** Devem aplicar as normas e procedimentos reconhecidos internacionalmente em favor da garantia de um julgamento imparcial.
3. Declaração de guerra: Em período de crise, a declaração de guerra ou regime de exceção não deve afetar garantias processuais.
4. Aplicação do direito humanitário**:** Em período de conflito armado, os princípios da lei humanitária, e em particular as disposições da Convenção de Genebra relativas ao tratamento devido aos prisioneiros de guerra, são inteiramente aplicáveis a tribunais militares.
5. Incompetência dos órgãos judiciais militares para julgar civis**:** Os órgãos judiciais militares devem, por princípio, ser incompetentes para julgar civis.

6. Objeção de consciência ao serviço militar**:** A objeção de consciência deve ser submetida ao controle de um tribunal civil que ofereça todas as garantias de um procedimento eqüitativo, qualquer que seja a etapa do serviço militar em que seja invocada.
7. Incompetência dos tribunais militares para julgar menores de 18 anos**:** Não devem ser processados e julgados senão sob estrita observância das garantias estabelecidas na Convenção sobre os Direitos da Criança e das regras mínimas da ONU para a administração da justiça de menores (Regras de Pequim).
8. Competência funcional de cortes militares: Deve estar limitada às infrações cometidas dentro do âmbito exclusivamente castrense pelo pessoal militar.
9. Julgamento de pessoas acusadas de graves violações de direitos humanos: A competência dos órgãos judiciais militares deve ser excluída em favor dos tribunais de justiça ordinários.
10. Limitação dos efeitos do sigilo militar: O segredo militar poderá ser invocado, sob a supervisão de órgãos independentes de controle, quando seja estritamente necessário proteger informação relativa à defesa nacional.
11. Regime de prisão militar: As prisões militares devem ser compatíveis com o disposto nas normas internacionais.
12. Garantia de *habeas corpus*: Toda pessoa privada de liberdade terá, em qualquer caso, direito a interpor recurso, como o de *habeas corpus*, ante um tribunal.
13. Direito a um tribunal competente, independente e imparcial: O estatuto dos juízes militares deve garantir sua independência e imparcialidade, em especial com respeito à hierarquia militar.
14. Publicidade do juízo: A regra geral é que o juízo deve ser público, e os atos praticados a portas fechadas devem ser excepcionais e requerer uma decisão específica, motivada e recorrível.
15. Garantia do direito de defesa e do direito a um julgamento justo e imparcial: Deve ser plenamente garantido o exercício do direito de defesa ante os órgãos judiciais militares.
16. Acesso das vítimas à tutela judicial: Sem prejuízo dos princípios relativos à competência dos órgãos judiciais militares, nenhum tribunal militar deverá denegar às vítimas de delitos o acesso à tutela judicial, incluídas as diligências de investigação.
17. Interposição de recursos perante tribunais ordinários: Em todos os casos em que existam órgãos judiciais militares, sua competência deve estar limitada à primeira instância.
18. Devida obediência e responsabilidade do superior: Não se poderá invocar a obediência devida para exonerar um militar da responsabilidade penal individual em que tenha incorrido na comissão de graves violações de direitos humanos.
19. Exclusão da pena de morte: Os códigos de justiça militar devem refletir a evolução do direito internacional a favor da abolição progressiva da pena de morte, em tempo de paz ou de guerra.
20. Revisão de códigos da justiça militar: Os códigos da justiça militar devem ser submetidos a revisões sistemáticas e periódicas, conduzidas de forma transparente e independente.

Anexo 2

	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Decisões STM	674	635	702	659	657	701
Recurso STF	24	41	53	25	44	56
Reforma	13	14	10	9	2	10
Pendentes*	2	1	8	1	5	10

* Os dados foram obtidos em outubro de 2007.

Las particularidades de la Jurisdicción Militar Española en el otorgamiento del Amparo Judicial

Francisco Fernández Segado*

Sumário: *1. La caracterización constitucional de la jurisdicción castrense. 2. Principios vertebradores de la organización de la jurisdicción militar. 3. Los tribunales militares como órganos jurisdiccionales competentes para el otorgamiento del amparo judicial. 4. El derecho a un Juez imparcial y la estructura de los Tribunales militares. 5. El derecho de libre acceso al proceso y las particularidades procesales de la jurisdicción militar en relación a la acusación particular y a la acción civil. 6. El derecho a la tutela judicial efectiva y la inimpugnabilidad en sede jurisdiccional de ciertos actos sancionadores militares. 7. Las particularidades del procedimiento preferente y sumario del art. 518 de la Ley Orgánica Procesal Militar.*

1. La caracterización constitucional de la jurisdicción castrense.

I. El art. 117.5 CE se hace eco de la jurisdicción militar inmediatamente después de proclamar el principio de unidad jurisdiccional, al que considera "la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales". No deja de ser significativo que la jurisdicción militar se reconozca en estrecha conexión con el principio de unidad jurisdiccional, principio al que, entre sus varios significados, cabe atribuirle el de que entraña la existencia de una organización judicial que monopoliza la potestad jurisdiccional de acuerdo con en principio de exclusividad y de conformidad con unas normas competenciales y procesales previamente establecidas por las leyes con carácter general. Se trata, pues, de que no exista ni una sola manifestación jurisdiccional que no goce de las garantías de la jurisdicción ordinaria. De esta forma, el principio de unidad se conecta con el principio de independencia. La garantía de independencia sólo se consigue con la existencia de una organización judicial ordinaria cuyos integrantes estén sometidos únicamente al imperio de la Ley, y es por lo mismo por lo que el art. 117.6 CE prohíbe con carácter absoluto los Tribunales de excepción mientras que el inciso segundo del art. 117.5 circunscribe la jurisdicción militar al "ámbito estrictamente castrense".

Ahora bien, el hecho de que la Constitución contemple en un mismo apartado el principio de unidad y, a continuación, la jurisdicción militar, no deja de tener otro significado: el art. 117.5 viene a establecer una salvedad frente al principio de unidad jurisdiccional, que reside en la previsión de una jurisdicción militar que se proyecta en una doble dirección con diferencias notables: “el ámbito estrictamente castrense” y “los supuestos de estado de sitio”. Es evidente, por lo mismo, que el principio de unidad jurisdiccional se ve, cuando menos, relativizado, sin que ello suponga ignorar o devaluar el mandato constitucional de que la regulación por la ley del ejercicio de la jurisdicción castrense se ha de hacer “de acuerdo con los principios de la Constitución”, mandato que, siendo incuestionable que entraña una serie de consecuencias que se anudan al mismo y a las que nos referiremos más adelante, no lo es menos que no puede ser comprendido como un mandato de equiparación orgánica y funcional a la jurisdicción ordinaria; si así se entendiera se estaría privando de todo sentido, vaciando de contenido, la mencionada cláusula constitucional.

La reflexión nos sitúa ante la cuestión de si, en último término, lo que está haciendo al art. 117.5, inciso segundo, es acoger una garantía institucional. Así lo entendería en su Voto particular a la STC 113/1995, de 6 de julio, el magistrado Sr. Cruz Villalón, para quien la salvedad del

* Catedrático da Universidad Complutense de Madrid

precepto en cuestión es la salvedad de una institución, la jurisdicción militar, que, si bien adaptada a la Constitución, hay que suponer que debe de seguir siendo "reconocible" en el sentido de la STC 32/1981. Dicho de otro modo, el inciso segundo del art. 117.5 CE no estaría asegurando un cierto ámbito competencial, sino preservando la institución de la jurisdicción militar en términos "recognoscibles" para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar.

No terminamos de compartir tal interpretación, pues, más bien, de acuerdo con López Ramón, pensamos que en el art. 117.5 no late la garantía institucional schmittiana. Y ello, a nuestro juicio, así por diferentes razones. En primer término, no nos hallamos ante una institución que pueda considerarse componente esencial del orden jurídico-político establecido por la Constitución, cuya preservación se juzgue indispensable para asegurar los principios constitucionales. En segundo lugar, y ello, a los efectos que nos ocupan, aún es de mayor relevancia, es difícil dar respuesta a la cuestión de qué ve la conciencia social en la jurisdicción militar, lo que nos sitúa ante la dificultad de predeterminar, más allá del ámbito competencial constitucionalmente reservado a tal jurisdicción, unos rasgos caracterizadores de la institución que deban ser inexcusablemente salvaguardados frente al legislador. Si se atiende a lo que ha sido la jurisdicción militar en nuestra historia, es claro que ello en modo alguno tendría cabida en la Constitución; si se atiende al Derecho comparado, tampoco encontramos una fórmula única en la que haya de "reconocerse", de "visualizarse", la esencia de esta jurisdicción. En tercer y último término, no creemos que el constituyente, al contemplar esta jurisdicción, pretendiera tanto salvaguardar la institución, como más bien, frente a una realidad histórica indiscutible: la macrocefalia de la jurisdicción castrense con el franquismo, delimitarla, acotarla.

En cualquier caso, el hecho de que no veamos en el inciso segundo del art. 117.5 una garantía institucional, no significa que pensemos que tal norma carece de relevancia. Bien al contrario, la contemplación por la Norma Suprema de la jurisdicción militar constituye el reconocimiento de una singularidad jurisdiccional de relevancia constitucional, singularidad que, como reconociera el Juez de la Constitución (en su STC 180/1985, de 19 de diciembre), se traduce en el hecho de que la misma no puede organizarse sin tener en cuenta determinadas peculiaridades que originan diferencias tanto substantivas como procesales respecto a la jurisdicción ordinaria. Estas particularidades, al igual que el propio reconocimiento constitucional de la jurisdicción militar, son a su vez la resultante de la peculiar configuración que deben revestir las Fuerzas Armadas a fin de poder cumplir con eficacia las altas misiones que el constituyente les asigna (art. 8º CE).

II. A partir de las reflexiones precedentes, el tratamiento constitucional que a esta jurisdicción se da, deja en claro los siguientes aspectos:

1º) La jurisdicción militar se integra dentro del Poder Judicial del Estado, lo que revela que la actuación de los tribunales militares queda muy alejada de la idea de una actividad meramente administrativa o corporativa. Bien al contrario, se trata de una auténtica jurisdicción cuya integración en el Poder Judicial del Estado entraña varias consecuencias relevantes: A) Ante todo, su existencia debe compatibilizarse con el principio de unidad del Poder Judicial, lo que exige que, al menos en el vértice de ese Poder, la unidad sea salvaguardada, lo que, como es sabido, se logra a través de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo. B) La función jurisdiccional castrense debe ser ejercida por verdaderos órganos judiciales militares a los que se ha de rodear de las garantías de independencia necesarias. C) Ha de entenderse asimismo que en los asuntos de su competencia el ejercicio de la potestad jurisdiccional militar corresponde en exclusiva a los órganos judiciales castrense legalmente determinados, que en su propio ámbito competencial habrán de considerarse juez ordinario predeterminado por la ley. D) Por último, el principio de

sujeción de estos órganos jurisdiccionales al imperio de la ley, soporte básico de su independencia, como también los principios de responsabilidad y plenitud (éste respecto de su ámbito competencial propio), rigen, como no podía ser de otro modo, respecto de la jurisdicción castrense.

2º) La jurisdicción militar ha de circunscribir su ámbito competencial a lo "estrictamente castrense", previsión que era, sin duda, la que planteaba las mayores dificultades interpretativas al recurrir a un concepto jurídico indeterminado de difícil concreción; en todo caso, como tuvimos oportunidad de advertir tiempo atrás, con el recurso al mencionado concepto, el constituyente parecía inclinarse por un criterio material, abandonando, así, de modo implícito, el tríptico competencial característico de la jurisdicción militar durante un dilatadísimo período histórico (competencia por razón de la persona, del lugar y de la materia).

Por lo demás, el carácter claramente restrictivo de la competencia de la jurisdicción militar que late en el precepto constitucional y que incluso, en línea con lo ya expuesto, quizá constituya su última ratio, carácter que ha sido expresamente reconocido por la jurisprudencia constitucional (así, en la STC 93/1986, de 07 de julio), entrañaba una consideración forzosamente limitada del alcance de su ámbito competencial, lo que a su vez se iba a proyectar en una doble dirección: A) De un lado, en una presunción general de competencia de la jurisdicción ordinaria, cuya vis atractiva debe de operar como pauta general. B) De otro lado, en un criterio hermenéutico de la legislación de desarrollo del art. 117.5, sobre la base del propio valor interpretativo del mismo. En cuanto que resulta claro el carácter eminentemente restrictivo con que se admite la jurisdicción militar, tal carácter ha de ser tenido en cuenta, en lo necesario, para interpretar la legislación correspondiente.

3º) La competencia de la jurisdicción militar puede verse ampliada en los supuestos de estado de sitio, previsión que ha de ponerse en conexión con el art. 116.4 CE, que atribuye al Congreso de los Diputados la facultad de declarar el estado de sitio con la subsiguiente determinación, entre otros aspectos, de sus condiciones, ámbito territorial y duración, en base a todo lo cual el art. 35 de la Ley Orgánica 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio, faculta al Congreso de los Diputados para que determine, si así lo considera oportuno, los delitos que durante la vigencia del estado de sitio quedan sometidos al conocimiento de la jurisdicción castrense.

4º Por último, el ejercicio de la jurisdicción castrense debe en todo caso acomodarse a "los principios de la Constitución". A tal efecto, pueden considerarse de particular interés: los principios informadores de la función jurisdiccional (exclusividad, independencia, inamovilidad, responsabilidad), presupuestos ya en la integración de esta jurisdicción en el Poder Judicial del Estado, los principios procesales constitucionales y los derechos y garantías constitucionales, muy especialmente el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y las garantías del due process of law del art. 24.2 CE.

A partir de estos principios constitucionales, de un modo notablemente evolutivo, la legislación de desarrollo ha perfilado los principios sobre los que se vertebra la organización de la jurisdicción militar, a los que pasamos a referirnos.

2. Principios vertebradores de la organización de la jurisdicción militar

Será la ley orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar y del Código Penal, la primera norma legal que incida, mínimamente, desde luego, sobre los órganos jurisdiccionales castrenses en el sentido de una cierta tecnificación, como revelan, entre otras innovaciones: la sustitución del juez instructor por el juez togado militar de instrucción y la formalización de la institución del Ministerio Fiscal jurídico-militar.

De la transitoriedad e insuficiencia radical de esta reforma, en orden a la satisfacción de los postulados constitucionales, ilustra el hecho de que once días después de la mencionada ley, esto es, el 17 de noviembre de 1980, una Orden ministerial creaba formalmente una Comisión para el Estudio y Reforma de la Justicia Militar.

La tarea de reforma así iniciada se iba a prolongar durante varios años, culminando en la aprobación gradual de un conjunto de leyes cuya primera gran novedad consistía en la ruptura radical con la técnica legislativa seguida hasta entonces (quizá con la salvedad de nuestros códigos militares de fines del siglo XIX): un cuerpo normativo único en que se recopilaban todas las normas penales: sustantivas, orgánicas y procesales.

A lo largo de cuatro años, entre 1985 y 1989, se aprobarían cuatro leyes que no sólo tratarían de modo separado las normas penales materiales, las normas procedimentales y las normas de naturaleza orgánica, sino que, en lo que constituía otra novedad significativa, iban a contemplar por separado las normas penales y las disciplinarias. Las leyes orgánicas 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas; 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar; 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la jurisdicción militar, y 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, serían el fruto de esta magna reforma legislativa cuya última ratio era, como resulta obvio, el adecuado acomodo de la justicia militar a las exigencias constitucionales.

Aunque con distintas reformas de dispar entidad y relevancia, este conjunto normativo ha llegado hasta nuestros días con la sola salvedad de la Ley Orgánica 12/1985, derogada por la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (en adelante FAS).

La Ley Orgánica 4/1987, de la competencia y organización de la jurisdicción militar (en adelante LOCOJM) iba a vertebrar la jurisdicción castrense sobre la base de un conjunto de principios orgánicos (omisión hecha ahora de los competenciales) notablemente rupturistas respecto del modelo organizativo existente hasta ese momento. Estos principios pueden compendiarse como sigue:

1º El principio de exclusión de la función jurisdiccional de los órganos militares de mando, circunscribiéndose aquélla a los órganos judiciales militares. La innovación era de un enorme alcance, pues si de un lado implicaba una opción a favor de un criterio de tecnificación jurídica frente a los criterios tradicionales, que en España hacían de la jurisdicción militar una manifestación más del mando, de otro lado, iba a contribuir decisivamente a hacer realidad el principio básico de independencia, ya que no dejaba de ser utópico el intentar conciliar la vinculación de la jurisdicción militar al mando con su caracterización como poder judicial auténticamente independiente, o lo que es lo mismo, con el reconocimiento de una verdadera independencia en el ejercicio de su función por parte de los órganos jurisdiccionales militares.

Con la nueva ordenación legal, los Capitanes Generales y demás autoridades militares con mando sólo podían actuar a través de la Fiscalía Jurídico Militar. Bien es verdad que, en cierta medida, a modo de compensación de la privación a la autoridad militar de toda potestad jurisdiccional, la LOCOJM confirió a la autoridad militar una legitimación especial para que, a través del recurso de casación, pudiese velar por "la disciplina y otros intereses esenciales de la Institución Militar". Tal legitimación se propuso como una de la instituciones sustentadas en la especificidad de esta jurisdicción, bien que no faltaran amplios sectores doctrinales que entendieran que no existían razones objetivas que justificaran que los Mandos Militares Superiores pudieran intervenir para la defensa de la disciplina y de otros intereses esenciales de la institución, valores e intereses cuya protección y defensa corresponde en nuestro ordenamiento al Ministerio Fiscal, y en el ámbito que nos ocupa a la Fiscalía Jurídico Militar, que

a tenor del art. 88 LOCOJM, ha de actuar en defensa de la legalidad y de los derechos e intereses tutelados por la Ley, de oficio o a petición de los interesados.

La Ley Orgánica 9/2003, de reforma de la LOCOJM, con excelente criterio a nuestro juicio, ha suprimido la legitimación especial de los Mandos Superiores para recurrir en casación. Tras esta reforma legal, el párrafo tercero del art. 92 de la LOCOJM establece que las autoridades del Ministerio de Defensa que se designen por Real Decreto podrán solicitar de los distintos órganos de la Fiscalía Jurídico Militar las actuaciones que puedan proceder en defensa del interés público en el ámbito militar. En desarrollo de esta previsión, el Real Decreto 492/2004, de 1 de abril, ha procedido a designar las autoridades del Ministerio de Defensa a las que se les otorga la mencionada facultad. Las mismas aparecen mencionadas en el Anexo de tal Real Decreto, pudiéndose mencionar entre ellas, ejemplificativamente, las siguientes: Jefe del Estado Mayor de la Defensa, Subsecretario de Defensa, Director General de la Guardia Civil, Jefes de los Estados Mayores de los tres Ejércitos, Jefe de la Fuerza de Maniobra, Jefe de la Fuerza Terrestre, Almirante de la Flota, Jefe del Mando Aéreo de Combate… En todo caso, conviene recordar la precisión que establece el Real Decreto: la solicitud de actuación por parte de los órganos de la Fiscalía Jurídico Militar se circunscribe a los procedimientos o asuntos que afecten al personal que de cada autoridad dependa. En el ejercicio de esta facultad de requerimiento a la Fiscalía, las autoridades militares serán asistidas por el respectivo asesor jurídico que tengan asignado o destinado a sus órdenes.

2º) El principio de tecnificación jurídica de los órganos judiciales militares se conecta estrechamente con el principio precedente, ofreciéndonos dos manifestaciones relevantes:

A) La desaparición de los Consejos de Guerra, compuestos habitualmente por profesionales de las armas con destinos de mando, como también del llamado Consejo Supremo de Justicia Militar, órgano en un primer momento dependiente del Ministerio del Ejército, integrado por Oficiales Generales y Almirantes, esto es, por personas que aún contando con asesores jurídicos, se aproximaban al mundo del Derecho sólo circunstancialmente.

B) El lógica contrapartida, la opción por unos órganos integrados fundamentalmente por técnicos en Derecho a los que se añadirán profesionales de las Armas, siempre en menor número, con lo que se opta por una composición mixta en la que priva el elemento técnico-jurídico. Al margen ya de que esta integración era reveladora de una cierta forma de escabinado, la misma presuponía un paso decisivo en orden a la profesionalización de los juzgados y tribunales de la jurisdicción castrense.

3º) La consagración real del principio de unidad jurisdiccional en el vértice de la jurisdicción militar. En efecto, la LOCOJM iba a crear en el seno del Tribunal Supremo, como primer órgano judicial militar, una Sala de lo Militar, Sala Quinta del Supremo, cuyo régimen jurídico y estatuto de sus miembros quedaba sujeto a idénticas normas que los de las cuatro restantes Salas. Esta importantísima reforma, deudora en algún modo de la que llevara a cabo el Decreto-ley del Gobierno de la República de 11 de mayo de 1931, implicaba que la justicia castrense había de culminar en el Tribunal Supremo, esto es, en el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, excepción hecha del ámbito de las garantías constitucionales (art. 123.1 CE). Ello vino a entrañar la consagración del principio de unidad jurisdiccional en el vértice de las dos jurisdicciones que integran el Poder Judicial del Estado y, por lo mismo, la integración de la jurisdicción castrense en ese mismo Poder.

Un aspecto relativo al procedimiento de integración de esta Sala Quinta merece, sin embargo, a nuestro juicio, una consideración severamente crítica; nos referimos a la intervención que al Ministerio de Defensa otorga la Ley (art. 27 LOCOJM) en el nombramiento de cuatro de los Magistrados de esta Sala. La Sala de lo Militar queda integrada por ocho Magistrados, cuatro de

ellos procedentes de la Carrera Judicial y los cuatro restantes del Cuerpo Jurídico Militar. Los cuatro primeros son nombrados de igual forma que los demás Magistrados del Tribunal Supremo, esto es, mediante Real Decreto refrendando por el Ministro de Justicia a propuesta del Consejo General del Poder Judicial (art. 316 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial), propuesta para la que el Consejo es plenamente soberano, pudiendo seleccionar a quienes va a proponer libremente, de entre quienes cumplan las condiciones legalmente exigidas, innecesario es decirlo. Los cuatro Magistrados que han de proceder del Cuerpo Jurídico Militar son también propuestos por el Consejo, si bien con una limitación importante: el Consejo ha de circunscribir su propuesta a la terna de Generales Consejeros Togados y Generales Auditores con aptitud para el ascenso que para cada vacante que se produzca ha de presentar el Ministro de Defensa. Si como suele ser regla general, la propuesta que efectúa el órgano de gobierno del Poder Judicial termina recayendo sobre la persona propuesta por el Ministro en primer lugar, lo que se ha convertido en una regla casi consuetudinaria, la realidad nos pone de relieve que, de facto, quien propone a estos Magistrados es más bien el Ministro de Defensa, limitándose el Consejo General a ratificar la voluntad de aquél, a darle forma legal.

No es ajena a esta realidad, a nuestro entender, la más que perniciosa "parlamentarización" del órgano de gobierno del Poder Judicial, que en una lamentable dinámica ha venido a trasladar a este órgano el mecánico juego partidista de mayoría y minorías de las Cámaras, con olímpico desprecio de la sensata recomendación efectuada por el Tribunal Constitucional (en su STC 108/1986, de 29 de julio), que veinte años atrás ya advertía acerca del riesgo de frustrar la finalidad perseguida por la Constitución con la creación del Consejo si las Cámaras, a la hora de efectuar sus propuestas de miembros de este órgano, actuaban con criterios admisibles en otros terrenos, pero no en éste. Como diría el Tribunal, "la 1ógica del Estado de partidos empuja a actuaciones de este género, pero esa misma lógica obliga a mantener al margen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder y entre ellos, y señaladamente, el Poder Judicial". La resultante de todo ello es el lamentable espectáculo que habitualmente ofrecen los miembros del Consejo, mucho más atentos en velar por el "interés" del partido al que deben el puesto, rentabilizándolo al máximo, que por la buena marcha del complejo orgánico integrante del Poder Judicial.

Por lo demás, no vislumbramos razón de suficiente peso específico que justifique la diferencia advertida en lo que al procedimiento de nombramiento de los integrantes de la Sala Quinta se refiere, pues no puede considerarse tal --- innecesario es decir que todo lo contrario --- el afán intervencionista del Ministro de turno. No nos cabe la más mínima duda de que la intervención de un miembro del Ejecutivo en el nombramiento de Magistrados del Tribunal Supremo no sólo casa mal con el rol constitucional que al Consejo atribuye el art 122.2 CE, sino que no deja de suscitar algún interrogante, siquiera sea en un plano teórico, acerca de la independencia real de criterio en el ejercicio de su función jurisdiccional de los así propuestos, en aquellos casos en que el Ministerio de Defensa sea parte en un proceso y haga valer en el mismo intereses concretos.

Los miembros del Cuerpo Jurídico Militar, ciertamente, a lo largo de su carrera profesional, no sólo pueden desempeñar funciones jurisdiccionales, sino también de asesoramiento al mando o en la Fiscalía Militar, pero esta circunstancia no creemos pueda dar cobertura suficiente a la intervención del Ministro de Defensa, todo ello al margen ya de que la praxis vuelve a revelarnos un dato significativo: la predilección de los distintos Ministros que se han sucedido en el cargo por ubicar en la cabecera de la terna a personas del "entorno ministerial", haciendo primar la mera relación subjetiva sobre cualquier consideración objetiva, con, en ocasiones, clamorosas postergaciones de quienes han dedicado su carrera profesional a cargos jurisdiccionales antes que a puestos de la estricta confianza ministerial, lo que no deja de ser un elemento revelador de las

distorsiones a que puede conducir el hecho de que una misma persona pueda desempeñar, indiferentemente, funciones jurisdiccionales y funciones meramente administrativas.

El Consejo General del Poder Judicial, que al menos queda al margen de toda relación de proximidad personal, debiera poder decidir con plena y real independencia de criterio, no con una autonomía puramente ritualista, quién, de entre los miembros del Cuerpo Jurídico Militar que reúnan los requisitos legales, debe ser propuesto para su nombramiento como miembro de la Sala Quinta.

4º) La consagración del principio de independencia, máxima garantía de una recta administración de justicia, fue una de las mayores preocupaciones que guió la actuación del legislador, como se hacía constar expresamente en el Preámbulo de la LOCOJM; es obvio que los derechos al Juez ordinario predeterminado legalmente y a un proceso con todas las garantías, en la medida en que se proyectan sobre un determinado status de los Jueces y Tribunales, confieren un derecho fundamental a que la propia causa, por emplear la dicción del art 6º.1 del Convenio de Roma, sea oída por un Tribunal independiente e imparcial, independencia e imparcialidad que, como ha señalado el Tribunal Constitucional (STC 204/1994, de 11 de julio), no requieren, para entenderse vulneradas, la producción de una resolución positivamente parcial o positivamente carente de independencia, siendo suficiente, por el contrario, que el status jurídico del juzgador no reúna las condiciones que, en sí mismo y como tal status, vienen exigidas por el art 24.2 CE.

La independencia ha de entenderse como ausencia de subordinación jurídica, o lo que es lo mismo, como la ausencia de cualquier tipo de sujeción a otra persona en el ejercicio de la función judicial, en cuanto que la única sujeción de quienes ejercen jurisdicción es al imperio de la ley. De ahí que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en forma independiente sea tanto como su ejercicio en atención tan sólo a las previsiones, a los parámetros, que el ordenamiento jurídico en su conjunto proporciona al Juez.

En orden a la consecución real de tal principio, la Ley consagra la inamovilidad, la responsabilidad y la sumisión exclusiva al imperio de la Ley de quienes desempeñan la función judicial castrense. La independencia se contempla, en forma análoga a los jueces y magistrados ordinarios, en su doble perspectiva: ad extra y ad intra. La independencia ad extra se consagra con carácter absolutamente general, garantizándose frente a todos, y en ese "todos", como es obvio, están incluidas todas las Autoridades castrenses. Y en cuanto a la independencia ad intra, trata de proteger al Juez frente a las presiones o perturbaciones de cualquier naturaleza que pudieran tener su origen en el seno de los órganos de la propia jurisdicción. A tal efecto, el art. 6º LOCOJM reproduce la cláusula del art 12.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al disponer que: "Los órganos de la propia jurisdicción no podrán corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por órganos judiciales inferiores, sino en virtud de la resolución de los recursos que las leyes establezcan, ni dictarles instrucciones a este respecto".

La Ley prevé finalmente (art. 9º LOCOJM) un mecanismo (análogo asimismo a otro de la LOPJ, art 14) con el que hacer frente a posibles perturbaciones en la independencia de los jueces castrenses. En tal supuesto, quien considere que su independencia está siendo perturbada, lo pondrá en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial a través de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, dando cuenta de los hechos al Juez o Tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado, sin perjuicio de practicar "per se" las diligencias estrictamente indispensables para asegurar la acción de la justicia y restaurar el orden jurídico.

5º) También el principio de responsabilidad judicial, el reverso de la independencia, es desarrollado por la LOCOJM, presentando particular interés cuanto atañe a la responsabilidad disciplinaria. Con carácter general, conviene recordar que una de las consecuencias más

relevantes de la creación constitucional del Consejo General del Poder Judicial fue la sustracción de la exigencia de responsabilidad disciplinaria al Poder Ejecutivo y la atribución a aquel órgano de cuanto tiene que ver con el régimen disciplinario de los miembros del Poder Judicial.

Originariamente, la Ley Orgánica 4/1987, LOCOJM, regu1ó la responsabilidad disciplinaria judicial, atribuyendo la competencia para la imposición de sanciones disciplinarias, a quienes ejercieran funciones jurisdiccionales, a la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central (sanciones correspondientes a faltas leves y graves), a la Comisión Disciplinaria del Consejo General (para las sanciones de pérdida de destino y suspensión) y al Pleno del propio Consejo (para la sanción de separación del servicio) (art. 138 LOCOJM).

La Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, por la que se reforma la Ley Orgánica del Poder Judicial, como bien señalara Rodríguez-Villasante, dio un paso importante más hacia la homogeneización de la jurisdicción militar con la ordinaria. En el punto primero de su Disposición Adicional lª, estableció que la responsabilidad disciplinaria de quienes, conforme a la LOCOJM, ejercieran cargos judiciales y fiscales, sería exigida con arreglo a lo dispuesto para Jueces y Magistrados en la LOPJ, con las adecuaciones pertinentes y algunas salvedades contempladas por la propia Ley. Con la nueva regulación, se potenciaba la intervención del Consejo General, que asumía la competencia para la imposición de todo tipo de sanciones, con la sola salvedad de las que correspondieren a falta leve (para las que era competente la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central).

La técnica de remisión incompleta utilizada supuso tal complejidad que fue necesaria la elaboración de "regímenes adaptados" para facilitar el conocimiento y la utilización de la normativa reformada. Todo ello conduciría al legislador a abandonar, en el plano formal tan sólo, el sistema unitario, reincorporando a través de la Ley Orgánica 9/2003, de reforma de la LOCOJM, a la Ley Orgánica 4/1987 el régimen de la responsabilidad disciplinaria judicial, con la subsiguiente derogación de la citada Disposición Adicional lª de la Ley Orgánica 16/1994, bien que con el mantenimiento, como regla general, de su contenido, esto es, de la regulación dada a la materia a partir de 1994.

6º) El principio de exclusividad es asimismo recepcionado por la LOCOJM en su doble vertiente: positiva y negativa. La reserva de jurisdicción (vertiente positiva) es formulada por su art. 2º en términos similares a como se contempla por la LOPJ. Cabría añadir que la jurisdicción castrense, de acuerdo con el art. 4º LOCOJM, se extiende a materia penal, tutela jurisdiccional en vía disciplinaria y demás materias que, en garantía de algún derecho y dentro del ámbito estrictamente castrense, vengan determinadas por las leyes así como las que establezca la declaración de estado de sitio.

No se puede decir otro tanto de la vertiente negativa del principio en cuestión. Mientras el art 2º. 2 LOPJ dispone que "los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el párrafo anterior (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado), las de Registro civil y las demás que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho", el precepto equivalente de la LOCOJM (el mismo art 2º) guarda silencio al efecto. En el texto de esta última Ley sólo encontramos una previsión que recuerda la antes mencionada de la LOPJ. Se trata de su art 119, a cuyo tenor, los miembros del Cuerpo Jurídico Militar que ejerzan funciones judiciales, fiscales o Secretarías Relatarías "no podrán ser nombrados instructores ni secretarios de expedientes disciplinarios, ni de expedientes administrativos (con las expresas salvedades que el precepto dispone), ni dempeñarán funciones distintas de las atribuidas expresamente por ley en garantía de algún derecho".

La diferencia legal advertida no es sino la consecuencia obligada de algo ya dicho precedentemente: a lo largo de su carrera profesional los miembros del Cuerpo Jurídico Militar

no sólo pueden desempeñar funciones jurisdiccionales, sino también fiscales o de asesoramiento del mando. Ello plantea con toda crudeza el problema de si la vertiente negativa del principio de exclusividad no resulta ignorada en cuanto que, por ejemplo, un Juez Togado Militar hoy desempeña funciones jurisdiccionales, pero mañana, por muy diversas razones, en ocasiones ajenas a la voluntad del propio Juez (por ejemplo, si asciende a un empleo militar que ya no le posibilita ejercer el cargo de Juez Togado), puede estar ejerciendo funciones administrativas de asesoramiento del Mando. Ciertamente, una solución más teórica que práctica al problema puede venir dada por la consideración de que el principio de exclusividad debe predicarse del órgano, que no de su titular.

En cualquier caso, nos encontramos, de lejos, ante el problema más dificultoso que planteara la LOCOJM, y de modo más general, la propia justicia militar tal y como está concebida en España, problemática que se enlaza con la del estatuto jurídico de los jueces militares, que como bien señalara Jiménez Villarejo, no está rodeado de las mismas garantías que el de los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria. Un paradigma de ello lo encontramos en el art 122 LOCOJM, a cuyo tenor, "las faltas comprendidas en la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las FAS que, como militares y cuando no actúen en el ejercicio de sus funciones, cometan los miembros de los Tribunales Militares, Jueces Togados Militares, Fiscales y Secretarios relatores, serán sancionadas con arreglo a la citada Ley". Dicho de otro modo, existe un doble régimen jurídico en lo que a la responsabilidad disciplinaria de los jueces militares se refiere: la responsabilidad como militares y la responsabilidad como jueces, y aunque la Ley trata de separar una de otra, esa separación no siempre es fácil de conseguir, y el mero hecho de que exista ese régimen dual ya casa mal con el estatuto de un Juez.

Por otro lado, la carrera profesional de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar presupone que éstos, más allá del estatuto jurídico que, en orden a la salvaguarda de su independencia, diseña el Título VIII LOCOJM, y respecto del cual, el Tribunal Constitucional (STC 204/1994, de 11 de julio) ha entendido que garantiza suficientemente el ejercicio independiente de sus funciones, van a seguir vinculados a decisiones adoptadas por las Autoridades y Mandos militares respecto de ellos en relación a su carrera militar, y esta circunstancia es la que puede conducir a dudar de que las normas de la Ley Orgánica 4/1987, LOCOJM, puedan realmente garantizar la independencia material del juzgador, cuando éste, en su carrera militar y, a la postre, en su propia promoción dentro de la jurisdicción castrense, sigue vinculado a las decisiones que, respecto de él, adopten Autoridades y Mandos militares.

Ciertamente, como ha señalado el Juez de la Constitución (STC 204/1994), el principio de independencia judicial no viene determinado por el origen de los llamados a ejercer funciones jurisdiccionales, sino precisamente por el status que les otorgue la Ley en el desempeño de las mismas. Pero también parece claro que ese status puede verse si no formal, sí materialmente afectado por el futuro de la carrera profesional de los Jueces militares.

La discrecionalidad de los ascensos es un buen ejemplo del problema. Y así, un Juez Togado, de acuerdo con la LOCOJM, puede cesar por ascenso si, conforme a la propia Ley, no corresponde al nuevo empleo militar el destino judicial que ocupa. En cuanto que la inamovilidad significa, a juicio una vez más del Tribunal Constitucional (STC 204/1994), que, nombrado o designado un Juez o Magistrado, conforme a su estatuto legal no puede ser removido del cargo sino en virtud de causas razonables tasadas o limitadas y predeterminadas legalmente, el Tribunal ha considerado que la causa de cese en la función judicial por ascenso es lo suficientemente precisa y predeterminada como para que no pueda considerarse que, "per se", atenta a la garantía de inamovilidad. Siendo admisible este razonamiento desde una óptica formal, el problema, materialmente, no deja de estar presente a nuestro modo de ver.

En definitiva, nos hallamos ante la problemática medular de la nueva estructura de la jurisdicción militar, problema tan fácil de resolver como la cuadratura del círculo en tanto en cuanto la justicia militar siga diseñada como en la actualidad lo está. Ello no obstante, coincidimos plenamente con Jiménez Villarejo en que la debilidad de este flanco estructural de la jurisdicci6n castrense no debe significar el fracaso del extraordinario esfuerzo renovador que supuso la reforma legal emprendida y finalmente culminada con el conjunto normativo objeto de nuestro comentario.

3. Los Tribunales militares como órganos jurisdiccionales competentes para el otorgamiento del amparo judicial.

El art. 53.2 CE otorga a cualquier ciudadano la facultad de recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y en la Sección primera del Capítulo 2º del Título I "ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad". En desarrollo de tal previsión en el ámbito militar, el art. 453 de la Ley Procesal Militar, en su párrafo tercero, establece que "contra las sanciones disciplinarias que afecten al ejercicio de derechos fundamentales señalados en el art. 53.2 de la Constitución, podrá interponerse el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario que se regula en el Título V de este Libro" (el Libro Cuarto de la propia Ley), cuyo art. 518, apartado K/, encomienda su conocimiento a los Tribunales militares, constituidos por tres miembros designados de entre el Auditor Presidente y los Vocales Togados, con exclusión, por lo tanto, de los Vocales Militares, lo que, innecesario es decirlo, refuerza el carácter técnico-jurídico del órgano.

El problema fundamental que quedaba en el aire era el de si la atribución a los mencionados Tribunales castrenses de la competencia de tutelar los derechos del art. 53.2 CE era compatible con la previsión constitucional, que como ya se ha visto, alude de modo específico a los "Tribunales ordinarios". La problemática iba a terminar siendo, finalmente, dilucidada por el Tribunal Constitucional, que en su STC 113/1995, de 6 de julio, iba a considerar perfectamente acorde con la Constitución la normación acuñada por la Ley Procesal Militar.

Cuatro cuestiones de inconstitucionalidad, que el Tribunal acumuló, vinieron a plantear la inconstitucionalidad de la atribución a los Tribunales militares de la competencia antes aludida, sobre la base, fundamentalmente, de la alusión constitucional a los "Tribunales ordinarios", que a juicio del cuestionante excluía del amparo judicial a los Tribunales castrenses.

Digamos ante todo que la Sentencia no fue pacífica, pues a la misma se acompañaron tres Votos particulares, bien que uno de ellos concordante.

Los argumentos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que planteó las cuatro cuestiones de inconstitucionalidad, eran, en síntesis, los siguientes: La Norma suprema alude a los "Tribunales ordinarios", no a los "Tribunales competentes", e incluso en el debate constituyente se rechazó una enmienda que pretendía sustituir la primera expresión por la segunda; el término "ordinario" tal como se emplea por el art. 53.2 no es equiparable en su sentido a la utilización que al mismo término se da por el art. 24.2 CE; en fin, la jurisdicción militar es una estructura jurisdiccional especial distinta de la ordinaria aunque forme parte del Poder Judicial del Estado.

El Tribunal considera (fund. jur. 5º) que la duda de inconstitucionalidad planteada no puede resolverse sin relacionar los arts. 53.2 y 117.5 CE. El primero, porque en él tiene su origen la duda, y el segundo, porque contempla un ámbito de actuación jurisdiccional, el estrictamente castrense, dentro del cual se pueden producir también las vulneraciones de derechos a que alude el art. 53.2.

A partir de estas premisas, el Tribunal entiende que no cabe deducir que por la referencia a los "Tribunales ordinarios" que se hace en el art 53.2 de la Constitución se altere de forma sustancial la organización que del Poder Judicial hace la Constitución en su conjunto. Si el art 117.5 establece el principio de la unidad jurisdiccional como base de la organización y funcionamiento de los Tribunales y en ese mismo precepto se prevé que "la ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense", no puede eliminarse esta previsión constitucional cuando se trate de la protección de las libertades y derechos fundamentales quebrantados en el marco de lo estrictamente castrense. "Admitida la competencia en ese marco de la jurisdicción militar para conocer del procedimiento contencioso-disciplinario militar ordinario, en el que, naturalmente, pueden y deben ser protegidos los derechos fundamentales que en él se invoquen, el hecho de que al proceso de esa misma naturaleza contenciosa se le dote, para la defensa de los derechos y libertades fundamentales, de los principios de preferencia y sumariedad a que se refiere el art 53.2 CE, no puede conducir como exigencia constitucional a alterar la jurisdicción competente establecida en el art 117.5 de la propia Norma fundamental para el ámbito estrictamente castrense".

Adicionalmente, aduce el Tribunal que es el "ámbito objetivo de los actos impugnables", en este caso, el ámbito estrictamente castrense, el que ha tenido en cuenta el constituyente para establecer dentro del principio de unidad jurisdiccional, el ejercicio de la jurisdicción militar. Si los derechos fundamentales pueden ser conculcados en el ámbito estrictamente castrense, y en ese ámbito y no en otro, se produce la veración motivadora de la tutela judicial, el legislador puede, según el Tribunal, legítimamente establecer que ésta se preste por determinados Tribunales de la jurisdicción prevista en el art 117.5 CE.

La solución jurisprudencial, en último término, es deudora de la necesidad de lograr la máxima concordancia posible entre postulados constitucionales en alguna medida enfrentados, como sería el caso de la reserva de jurisdicción relativa al amparo judicial del art 53.2 y la reserva relativa al ámbito estrictamente castrense (art. 117.5). Pero, por otro lado, la solución al problema no puede dejar de atender al mandato general de una pronta y efectiva tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas. Y así planteado el problema, la cuestión no es la de si los órganos jurisdiccionales castrenses están o no capacitados para llevar a cabo la tutela de los derechos, aspecto sobre el que no cabe albergar muchas dudas, sino la de si tiene sentido extender el alcance de la tutela especial del art. 53.2 CE a una jurisdicción nacida con preocupaciones bien distintas.

Como advertiría en su Voto particular concordante el Magistrado Sr. Cruz Villalón , no es fácil, de entrada, reconocer un ámbito material de competencia a una jurisdicción sin al mismo tiempo confiarle algún grado de tutela de los mencionados derechos. No admitirlo sería tanto como visualizar tal jurisdicción como claudicante. Una determinada atribución competencial arrastra, pues, una cierta iurisdictio sobre los derechos y libertades.

Por lo demás, como de nuevo aduce la mayoría del Tribunal, es la enorme relevancia de las libertades y derechos fundamentales la que explica que el art. 53.2 CE contemple, en orden a su protección, un doble mecanismo jurisdiccional escalonado, principal y general uno, que se atribuye a los Tribunales ordinarios; y extraordinario y subsidiario otro, que corresponde al Tribunal Constitucional. El precepto se refiere, pues, a dos jurisdicciones diferentes: la del Poder Judicial y la del Tribunal Constitucional.

Si a lo que acaba de señalarse se añade que los órganos de la jurisdicción militar deben ejercer su potestad jurisdiccional "de acuerdo con los principios de la Constitución" (art. 117.5 in fine), lo que significa, entre otras cosas, que están vinculados a los derechos y libertades fundamentales como todos los poderes públicos, y que en su ámbito competencial, el estrictamente castrense y el que se establezca con el estado de sitio, han de tutelar igualmente los derechos y libertades

señalados por el art. 53.2 CE, la legitimidad constitucional del otorgamiento de amparo judicial por estos Tribunales es indiscutible.

Por lo demás, es obvio que el procedimiento a que nos referimos no pretende en modo alguno absorber la tutela especial de los derechos y libertades de los militares in genere, tratándose únicamente de adaptar a las exigencias del art. 53.2 CE el control jurisdiccional de la potestad sancionatoria de las Autoridades y Mandos militares. Esta adaptación tenía, por lo demás, una traducción orgánica de cierta relevancia, a la que antes se aludió: la de integrar los Tribunales militares competentes para otorgar el amparo judicial tan sólo con Vocales Togados, con exclusión por tanto de los Vocales Militares, obviamente profesionales de las armas, previsión que ha propiciado, como después se verá, un criticable error del legislador de resultas de la Ley Orgánica 9/2003.

En definitiva, ningún obstáculo constitucional puede oponerse a que los órganos jurisdiccionales castrenses, en el ámbito competencial que les es propio, otorguen amparo judicial. Si ello es indiscutiblemente así, no lo es menos que algunas particularidades procesales u orgánicas de la justicia militar han planteado, y todavía hoy, en algún caso, plantean, problemas de encaje o acomodo con determinados derechos constitucionales, y a tales problemas vamos a referirnos a continuación.

4. El derecho a un Juez imparcial y la estructura de los Tribunales militares

En íntima unión con el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, casi diríamos que imbricado en él, cabe situar el derecho a un Juez imparcial, garantía fundamental de una recta administración de justicia, y por lo mismo, de todo Estado de Derecho, que aun no hallándose expresamente contemplada por el art. 24 CE, fue incluida por el Tribunal Constitucional entre las garantías constitucionales del art. 24.2 CE.

La imparcialidad del Juez, como es sabido, presenta una doble faceta: la imparcialidad subjetiva, cuyo posible quebrantamiento deriva de la relación del Juez con las partes, y la imparcialidad objetiva, que puede ser vulnerada por la relación del Juez con el objeto del proceso. A salvaguardar la imparcialidad objetiva se orienta la necesaria separación entre la función instructora y la juzgadora, doctrina que, siguiendo muy de cerca la interpretación realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso De Cubbre (STEDH de 26 de octubre de 1984), haría suya el Tribunal Constitucional en su STC 145/1988, de 12 de julio.

En lo que ahora interesa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sendas Sentencias de 28 de octubre de 1998 (caso Castillo Algar) y de 25 de julio de 2002 (caso Perote Pellón), iba a condenar al Estado español por violación del art 6º. l del Convenio de Roma (que, entre otros derechos, reconoce el derecho de toda persona a que su causa sea oída equitativamente por un Tribunal imparcial), como consecuencia de otras tantas Sentencias condenatorias dictadas por el Tribunal Militar Central con violación del principio de imparcialidad objetiva por "contaminación" de dos de los Magistrados que habían integrado la Sala del Tribunal que dictó la Sentencia, con la subsiguiente violación del derecho a un Juez imparcial que el citado arte 6º. 1 consagra.

En el primer caso, de la Sala que pronunció la sentencia condenatoria formaron parte dos miembros que habían resuelto con anterioridad un recurso de apelación interpuesto contra el auto de procesamiento (un segundo auto de esta naturaleza) dictado por el Juez Togado Militar. Ni el Tribunal Supremo (ante el que el condenado interpuso recurso de casación sobre la base de que la Sala que le había juzgado y condenado no constituía un Tribunal imparcial) ni el Tribunal Constitucional (ante el que se interpuso recurso de amparo, inadmitido mediante el Auto

70/1995, de 20 de febrero, por carencia de contenido constitucional) consideraron vulnerado ningún derecho por la Sentencia condenatoria del Tribunal Militar Central.

No sucederla lo mismo con el Tribunal de Estrasburgo. Este partió en su razonamiento de su conocida doctrina de la inexcusabilidad de la prueba objetiva de la imparcialidad, consistente en determinar si, con independencia del comportamiento personal del Juez, existen hechos verificables que permitan cuestionar su imparcialidad. A este respecto, como ha repetido en varias ocasiones el Tribunal Europeo, también las apariencias pueden revestir importancia.

Bien es verdad que, como ya señalara en su Sentencia dictada en el Caso Hauschildt, y reiterara en el caso Garrido Guerrero (en el que el Estado español era parte), "el simple hecho de que un Juez haya tomado decisiones antes del proceso no puede (…), en sí mismo, justificar aprehensiones en cuanto a su imparcialidad". Sin embargo, en el caso en cuestión, los términos empleados por la Sala del Tribunal Militar Central que resolvió el recurso de apelación contra un auto de procesamiento, de la que formaban parte dos miembros que después integrarían la Sala que dictó la sentencia condenatoria, podían fácilmente llevar a pensar que hacían suyo el punto de vista adoptado previamente por el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 20 de enero de 1992, según el cual existían indicios suficientes para considerar que podía existir un delito militar. Por lo mismo, el Tribunal de Estrasburgo estimó que en las circunstancias del caso, la imparcialidad del sentenciador podía suscitar serias dudas y que los temores del demandante a este respecto podían considerarse objetivamente justificados.

En el segundo caso, con claras concomitancias con el primero, iban a integrar la Sala sentenciadora del Tribunal Militar Central dos miembros que anteriormente habían confirmado el auto de procesamiento del encausado y la prórroga de su prisión provisional, formulando unos razonamientos y consideraciones que el Tribunal Europeo consideró determinantes de la pérdida de imparcialidad objetiva exigida por el art. 6º.1 del Convenio de Roma, bien que no lo hubiera considerado de igual forma ni el Tribunal Supremo, que rechazó la casación, ni el Tribunal Constitucional, que inadimitió el recurso de amparo.

Las dos condenas a España ponían de relieve un problema de irresoluble solución: la inevitabilidad de que entre los miembros del Tribunal Militar Central o de un Tribunal Militar Territorial que integrasen la Sala sentenciadora, alguno de ellos hubiese intervenido en actuaciones procesales previas relacionadas obviamente con el caso en cuestión, intervención que aunque "per se" no presuponía la "contaminación", dejaba abierta la puerta para la misma, con la subsiguiente quiebra del principio, y a la par derecho del justiciable, de imparcialidad objetiva.

A hacer frente a este problema se iba a encaminar, primigeniamente, la ya mencionada Ley Orgánica 9/2003, de reforma de la LOCOJM, como en su propia Exposición de Motivos se hacía constar. La nueva Ley, con el fin de prevenir la eventual "contaminación" y garantizar la imparcialidad o neutralidad de los órganos judiciales militares con carácter general, modificaba la composición numérica de los mismos cuando se tratara de celebrar juicio oral y dictar sentencia en procedimientos y en los recursos jurisdiccionales en materia disciplinaria militar, pasando a constituirse la correspondiente Sala por el Auditor Presidente o quien lo sustituya, un Vocal Togado y un Vocal Militar, es decir, por tres miembros frente a los cinco inicialmente previstos por la Ley. De esta forma, se posibilitaba que pudieran ser distintos los componentes de la Sala que, en su caso, hubieran adoptado resoluciones interlocutorias o previas en el mismo procedimiento, respecto de aquellos otros que hubieran de integrar la Sala sentenciadora.

La Ley Orgánica 9/2003 ha incurrido en un lapsus que no debiera haber pasado desapercibido al legislador. Ello tiene que ver con la integración de los Tribunales castrenses que han de conocer del amparo judicial, por lo que haremos una alusión al error legislativo.

El art 518 de la Ley Orgánica Procesal Militar (única norma integrante del Título V, relativo al procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario, del Libro cuarto, referente a los procedimientos judiciales militares no penales), en su apartado k), establece que para la tramitación y resolución del recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario, esto es, del amparo judicial en el ámbito militar ("estrictamente castrense"), "los Tribunales Militares se constituirán en la forma que determinan los artículos 41.3 y 51.3 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar". Cabe recordar que el art 41.3 de la redaccíon originaria de la LOCOJM disponía que la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central se constituiría por su Auditor Presidente y por dos Vocales Togados, previsión prácticamente idéntica a la del art 51.3, bien que éste en relación con cada una de las Secciones de los Tribunales Militares Territoriales.

La Ley Orgánica 9/2003 vino a reformar, entre otros preceptos, los artículos 41 y 51 LOCOJM, suprimiendo la estructura en apartados de ambas normas, que quedan integradas ahora por dos párrafos innumerados. El lapsus del legislador es, pues, evidente, pues olvidó acomodar el art. 518, apartado k), de la ley Orgánica Procesal Militar a la modificación introducida en el texto de la LOCOJM. En cualquier caso, hay que entender que del error e incongruencia legislativa no se deriva consecuencia alguna en lo que a la composición de los Tribunales Militares atañe, en relación al amparo judicial. Ciertamente, el art 518, k) remite ahora al vacío, pero la incongruencia puede ser salvada si se atiende al texto completo del art 41. En su párrafo primero se dispone que la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central se constituirá, tal y como antes se dijo, por el Auditor Presidente (o quien lo sustituya), un Vocal Togado y un Vocal Militar. Así constituida, será competente para conocer de una serie de supuestos (contemplados en los apartados 1, 4 y 7 del art. 34 de la misma Ley) entre los que se encuentra el conocimiento de los recursos jurisdiccionales en materia disciplinaria militar que procedan contra las sanciones impuestas por las Autoridades que el art. 34.7 menciona. Sin embargo, el propio párrafo primero del art. 41 reformado circunscribe el conocimiento de la Sala de Justicia así constituida a los supuestos en que, además, se trate de celebrar juicio oral. Y ello excluye el conocimiento por la Sala así constituida del amparo judicial, pues el apartado h) del art. 518 de la Ley Procesal establece que "no se dará vista, que será sustituida por el trámite de conclusiones que determina el art. 489" obviamente de la misma Ley. Ello significa, pues, la supresión de la oralidad, lo que nos sitúa ante el párrafo segundo del art. 41 de la LOCOJM, que dispone que para el conocimiento de los restantes asuntos de su competencia, la Sala se constituirá por tres miembros, que serán designados entre el Auditor Presidente y los Vocales Togados. Es obvio que en cuanto el conocimiento del recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario nos sitúa ante esos otros asuntos a que alude el párrafo segundo del art. 41, la composición de la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central que ha de conocer del amparo judicial sigue siendo idéntica a la establecida por el texto originario de la LOCOJM. La misma argumentación vale para el art. 51 LOCOJM, en relación a los Tribunales Militares Territoriales. Que no haya modificación en la integración de la Sala no justifica que el lapsus del legislador no merezca un severo reproche.

5. El derecho de libre acceso al proceso y las particularidades procesales de la jurisdicción militar en relación a la acusación particular y a la acción civil.

El párrafo segundo del art. 108 LOCOJM disponía en su redacción originaria: "No se podrá ejercer, ante la jurisdicción militar, la acusación particular ni la acción civil, cuando el perjudicado y el inculpado sean militares, si entre ellos existe relación jerárquica de subordinación, sin perjuicio de ejercer la acción civil ante la jurisdicción ordinaria".

A su vez, el párrafo primero del art. 127 de la Ley Orgánica 2/1989, Procesal Militar, establecía: "Salvo el supuesto del art. 168 de 1a LOCOJM --- en tiempo de guerra ---, podrá mostrarse parte en el procedimiento como acusador particular o como actor civil toda persona que resulte lesionada en sus bienes o derechos por la comisión de un delito o falta de la competencia de la jurisdicción militar, excepto cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación. A dicho efecto se hará el correspondiente ofrecimiento de acciones".

En nuestro Derecho histórico nunca se previó la posibilidad de acusación particular o de ejercicio de la acción civil en la jurisdicción castrense. Tanto el Código de Justicia Militar de 1890 como la Ley de Enjuiciamiento Militar de Marina de 1894 partieron del principio de que la acusación, en todos sus términos, correspondía al Ministerio Fiscal, criterio que se mantuvo con el Código de Justicia Militar de 1945, que estableció lacónicamente que "en ningún caso se admitirá la acción privada".

La situación comenzó a cambiar con la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar, que de prohibir la acción privada, pasó a proscribir tan sólo la querella, de forma que la acusación particular podía ejercitarse en todos los procedimientos seguidos por delitos sólo perseguibles a instancia de parte, una vez acordado el auto de procesamiento.

Algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, particularmente la STC 97/1985, de 29 de julio, condicionarían de modo muy notable la futura normación por el legislador de esta materia. Recordemos la doctrina constitucional.

El supuesto de hecho de esta sentencia, en la que el Tribunal iba a otorgar el amparo requerido, fue la denegación por una resolución de la Capitanía General de la Segunda Región Militar, de la solicitud de personación, en una causa seguida ante el Juzgado Togado Militar de Instrucción núm. 1 de Sevilla, de los padres de un paisano fallecido a consecuencia de un disparo de arma de fuego realizado por un Guardia Civil.

El Tribunal parte del razonamiento (fund. jur. 4º) de que "el derecho constitucional que concede la acción penal directa puede soportar excepciones, como todo derecho, en virtud de la materia o por la preferencia que deba otorgarse a intereses, también constitucionalmente cubiertos, de condición prevalente", y en ello justifica que no quepa tachar de inconstitucional el precepto contenido en el art. 452, 2º del Código de Justicia Militar tras su reforma por la antes mencionada Ley Orgánica de 1980 (norma que comenzaba disponiendo que "en ningún caso se admitirá la querella", admitiendo a continuación el ejercicio de la acción privada "en todos los procedimientos seguidos por delitos sólo perseguibles a instancia de parte"). Tras la reflexión precedente, el Tribunal precisaba algo más al señalar que aun cuando el art. 452.2 del Código de Justicia Militar se hallaba en pugna con el derecho a la tutela judicial efectiva enlazado al derecho que el art. 125 CE reconoce a todos los ciudadanos para ejercer la acción popular, encontraba su convalidación en el hecho de que estaba pensado "para evitar disensiones y contiendas entre miembros de las Fuerzas Armadas", lo que a su vez se conectaba con las particularidades estructurales de las FAS: "la imprescindible organización profundamente jerarquizada del Ejército, en la que la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para afianzar aquellos fines (los altos fines que a las FAS asigna el art. 8º 1 CE), no resultando fácil compatibilizarlas con litigios entre quienes pertenecen a la institución militar en sus diferentes grados". Sin embargo, cuando tales principios y valores no se vieran comprometidos, como acontecía en el caso en cuestión, se hacía forzoso buscar una interpretación del art. 452.2 CJM que, sin cuestionar su naturaleza constitucional, lo cohoneste con aquel derecho del art. 24 en conexión con el art. 125 CE.

La jurisprudencia expuesta, que venía a circunscribir la interdicción del ejercicio de la acción privada a los casos en que pretendiera ser ejercitada por un militar frente a otro, hallándose ambos ligados orgánicamente, sería determinante en el diseño dado a este instituto procesal por el legislador. A partir de esta doctrina cobraron pleno sentido los artículos 108 y 168 LOCOJM y 127 de la Ley Procesal Militar, entendiéndose que el respeto al valor de la disciplina y a la estructura jerarquizada de las FAS eran la última ratio de las citadas previsiones legales, que de esta forma trataban de evitar posibles quebrantos en el principio de autoridad que subyace a todo orden jerárquico.

Bien es verdad que la doctrina no mostró una opinión pacífica en torno a la viabilidad constitucional de estas particularidades procesales, ni tan siquiera en relación a su coherencia. Respecto al primer aspecto, no dejaba de ser harto discutible la prevalencia de estos bienes sobre derechos fundamentales. En relación con su coherencia, estas singularidades aún resultaban más discutibles si se advertía que el supuesto enfrentamiento jurisdiccional entre militares en relación jerárquica siempre podía producirse en los Tribunales ordinarios, siempre que la controversia quedara al margen del ámbito estrictamente castrense.

El problema se iba a plantear con toda su crudeza con ocasión de un recurso de amparo avocado por el Pleno del Tribunal Constitucional que daría lugar a la STC 115/2001, de 10 de mayo. En ella, no sólo se concedía el amparo demandado, sino que se procedía a plantear ante el Pleno una "autocuestión de inconstitucionalidad" respecto de los arts. 108, párrafo segundo, de la LOCOJM, y 127, párrafo primero, de la Ley Orgánica 2/1989, Procesal Militar, por su contradicción con los arts. 14 y 24.1 CE, en relación con el inciso final del art. 117.5 CE. Ciertamente, la Sentencia no fue pacífica, pues frente al criterio mayoritario, se suscribieron dos Votos particulares firmados por un total de cuatro Magistrados.

La demanda descansaba en la siguiente base fáctica: el demandante de amparo, Cabo de 1a Guardia Civil, denunciaba ante un Juzgado de Instrucción de Madrid a un Teniente de su misma Unidad por vejaciones e insultos, interponiendo una semana después un nuevo escrito de denuncia interesando que se investigase si los hechos puestos en conocimiento del Juzgado pudieran ser constitutivos de delito, e imputando esta vez la comisión de los mismos, no sólo al Teniente, sino también al Capitán y Comandante de la Unidad. El Juzgado de Instrucción que incoó las diligencias previas accedió a que al denunciante se le tuviese por personado en la causa. Sin embargo, dicho Juzgado, semanas después, dictó Auto de inhibición en favor del Juzgado Togado Militar de Madrid, por considerar que los hechos denunciados pudieran ser constitutivos de uno o varios delitos descritos en el Código Penal Militar. Mediante Auto, el Juez Togado Militar declaró que la personación del mencionado Cabo de la Guardia Civil sólo se admitía para las diligencias previas (que se tramitaban ante el mismo Juzgado en virtud de la solicitud de incoación realizada por el Fiscal Jurídico Militar del Tribunal Militar Territorial Primero, a la vista de los hechos investigados en el expediente disciplinario que se seguía contra el citado Cabo) en las que aparecía como inculpado. Contra ese Auto, el demandante de amparo interpuso recurso de queja ante la Sección Primera del Tribunal Militar Territorial Primero, que fue desestimado mediante un nuevo Auto frente al que, finalmente, se interpuso el recurso de amparo.

El Tribunal se plantea como problema nuclear si la exclusión del régimen reconocido de manera general para el ejercicio de la acusación particular en el proceso penal militar, encuentra suficiente justificación, de carácter objetivo y razonable, para no infringir el principio constitucional de igualdad ex art. 14 CE.

El Tribunal, como es lógico, entiende que no cabe cuestionar que la disciplina es un valor imprescindible en toda organización jerarquizada que, en el caso de las FAS, "se convierte en un ineludible principio configurador, sin cuya garantía y protección se dificulta el cumplimiento de

los cometidos que constitucional y legalmente tienen asignados por el art. 8º. 1 CE". Por ello, si bien la particular relación de sujeción especial en que se encuentran los militares no puede ser aducida como fundamento para justificar toda limitación al ejercicio de sus derechos fundamentales, no cabe considerar contrarias a dichos derechos, aquellas disposiciones legales limitativas de su ejercicio que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de su misión. El problema, así planteado, se traslada a dilucidar si la limitación legal que nos ocupa es realmente indispensable con vistas al cumplimiento de las misiones constitucionalmente encomendadas a las FAS.

La respuesta al interrogante así planteado exige, con carácter previo, la delimitación del ámbito al que se extiende el valor disciplina. El Tribunal, a nuestro juicio acertadamente, considera (fund. jur. 9º) que la disciplina cumple su cometido en el ámbito que le es propio, esto es, en los aspectos atinentes a la organización y funcionamiento de la Administración militar, pues es ahí, diríamos, donde la disciplina incide directamente en la plena operatividad del principio de eficacia que constitucionalmente se predica de dicha Administración, en cuanto Administración pública que es. Siendo ello así, el Tribunal entiende que el principio de la disciplina militar no debe extravasar su propio ámbito para proyectarse en el seno del proceso, en cuanto éste es instrumento de enjuiciamiento y satisfacción de pretensiones. Si en la configuración preconstitucional de la jurisdicción militar, en la que ésta aparecía estrechamente vinculada al ejercicio del Mando, la disciplina podía trasvasar su ámbito al seno del proceso, con la configuración que de la jurisdicción castrense hace la Constitución, ello no encuentra razón de ser alguna, pues tal jurisdicción es ejercida por órganos jurisdiccionales independientes y, por lo mismo, desvinculados del Mando militar.

A la vista de todo ello, el Juez de la Constitución (fund. jur. 10) llega a la conclusión de que no existe justificación razonable y objetiva que legitime constitucionalmente la exclusión, en el supuesto analizado, del ejercicio de la acusación particular por el ofendido o víctima del delito que, como el demandante de amparo, pretende mostrarse parte en el procedimiento penal militar iniciado en virtud de su denuncia, por lo que, obvio es, tal exclusión o prohibición vulnera el principio de igualdad en la ley garantizado por el art. 14 CE.

Por otro lado, la exclusión del ejercicio de la acusación particular incide igualmente en la facultad de formular pretensiones ante los órganos jurisdiccionales para, si son admitidas y mediante el adecuado proceso, obtener de ellos una tutela judicial efectiva y sin indefensión, garantizada por el art. 24.1 CE. En definitiva, la singularidad procesal militar que nos ocupa entraña una vulneración del mencionado derecho constitucional en su vertiente de acceso a la jurisdicción ex art. 24.1 CE, al impedir, con un resultado falto de proporcionalidad, el ejercicio de la acción penal a determinados miembros de la institución militar. Y no obsta a ello el hecho de que el derecho en cuestión lo sea de configuración legal, pues el legislador ha de respetar siempre su contenido esencial, que se ve conculcado por la prohibición o exclusión del ejercicio de la acción civil derivada del delito.

De resultas de todo lo expuesto, el Tribunal no sólo otorga el amparo demandado, sino que plantea ante el Pleno una cuestión de inconstitucionalidad respecto de los arts. 108, párrafo 2 de la LOCOJM, y 127, párrafo 1, de la Ley Orgánica 2/1989, Procesal Militar.

En su STC 179/2004, de 21 de octubre, el Tribunal resolvía la cuestión interna de inconstitucionalidad planteada por el propio Pleno del Tribunal, tal y como acaba de verse. Con un único Voto particular contrario en esta ocasión, suscrito por un solo Magistrado, el Tribunal, con argumentos lógicamente muy parejos a los de la STC 115/2001, declaraba la inconstitucionalidad de los preceptos referidos. Recordemos de entre aquéllos su consideración de que "el proceso penal ante la jurisdicción castrense se erige en la garantía máxima de la

disciplina militar en su núcleo sustancial y justamente respecto de las vulneraciones más graves de dicha disciplina, por lo que sólo poniendo en duda la condición y aptitud de la jurisdicción militar para desempeñar su cometido, como jurisdicción sometida a los principios constitucionales de independencia del órgano judicial y a las garantías sustanciales del proceso y de los derechos de defensa, cabría apreciar que el enfrentamiento procesal entre militares unidos por una relación de subordinación jerárquica es causa de potencial deterioro de la disciplina militar".

Por lo demás, la pretensión de evitar enfrentamientos procesales entre militares subordinados por el riesgo de que tales contiendas jurídicas generen secuelas de animadversión, susceptibles de mantenerse fuera del proceso en que han surgido, afectando al mantenimiento de la disciplina como factor de cohesión de la organización militar --- justificación aducida por el Abogado del Estado y por el Fiscal General del Estado para sostener la constitucionalidad de los preceptos cuestionados --- se compadece mal, como viene a señalar el Tribunal, con otras previsiones legales, como la obligación legal que pesa sobre todo militar agraviado por un presunto delito o falta cometido por un superior (o inferior) jerárquico de formular denuncia ante el Juez Togado Militar, el Fiscal Jurídico Militar, o la Autoridad militar que tuviere más inmediatos, hasta el punto de que el incumplimiento del deber de denunciar constituye un delito contra la Administración de la Justicia Militar.

Quizá quepa añadir que lo realmente incomprensible fuera que la Ley Orgánica 9/2003 no abordara esta cuestión. Como muy bien diría Millán Garrido, resulta difícil de justificar que el legislador, en una reforma tendente a la adecuación de la jurisdicción militar a los postulados básicos de un Estado democrático de Derecho, no accediera a incluir en ella esta cuestión, además ya de la que vamos a contemplar de seguido. Salvo, claro está, que ese mismo legislador, o mejor, la mayoría parlamentaria del momento, albergara la esperanza de que un Tribunal Constitucional con otra composición podía fallar en otro sentido, lo que, desde luego, sería aún más criticable que el aspecto que antes considerábamos difícilmente comprensible.

6. El derecho a la tutela judicial efectiva y la inimpugnabilidad en sede jurisdiccional de ciertos actos sancionadores militares.

I. Hemos de comenzar señalando que esta cuestión no afecta al amparo judicial entendido stricto sensu, lo que no obsta para que la abordemos en cuanto la misma presupone una particularidad procesal de la jurisdicción militar en la que se ven afectados derechos fundamentales.

El párrafo segundo del art. 453 de la Ley Orgánica 2/1989, Procesal Militar (en adelante LOPM), establece como cauce procesal para el control jurisdiccional de las sanciones impuestas por falta grave militar o de aquellas otras sanciones disciplinarias extraordinarias contempladas por el art. 61 de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las FAS, hoy derogada, tal y como ya se dijo (sanciones que, recordémoslo, eran: la pérdida de puestos en la escalafón, la suspensión de empleo y la separación del servicio), el procedimiento contencioso-administrativo militar ordinario. Esta norma presupone la exclusión del control en sede judicial de las sanciones impuestas por falta leve, y aunque tal exclusión, a la vista del párrafo tercero del mismo art. 453, se ha de matizar en el sentido de considerar que cuando la sanción disciplinaria afecta al ejercicio de derechos fundamentales (los señalados en el art. 53.2 CE) es indiferente que se haya impuesto por falta grave o leve, pues siempre cabrá interponer el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario, lo cierto es que la norma en cuestión conduce a una actuación administrativa exenta de control judicial.

El art. 468, b/ de la LOPM corroboraba la precedente interpretación al declarar la inadmisibilidad del recurso contencioso-disciplinario militar respecto de "los actos que resuelvan recursos por falta leve, salvo lo dispuesto para el procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario".

A su vez, en su redacción originaria, el art. 468, c/ de la misma Ley declaraba asimismo inadmisible el recurso contencioso-disciplinario militar respecto de "la resolución de separación del servicio como consecuencia de sentencia firme por delito de rebelión, cuando se imponga pena de privación de libertad que exceda de seis años por cualquier delito o pena de inhabilitación absoluta como principal o accesoria".

Las normas señaladas no dejaban de ser problemáticas desde una perspectiva constitucional en tanto en cuanto en un Estado de Derecho no caben actos administrativos inmunes al control judicial. La problemática de la constitucionalidad de tales normas se iba a plantear al hilo de la presentación de recursos de amparo que a su vez darían pie a cuestiones internas de inconstitucionalidad. Nos referiremos brevemente a cada una de las previsiones mencionadas.

II. Un recurso de amparo promovido por un Guardia Civil contra una Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, que inadmitió el recurso contencioso-disciplinario militar, preferente y sumario, interpuesto contra sendas Resoluciones del Ministro de Defensa, por las que se acordaba la separación del servicio del demandante, daba pie a la STC 18/1994, de 20 de enero, por la que el Tribunal no sólo otorgaba el amparo demandado, sino que, asimismo, planteaba ante el Pleno cuestión interna de inconstitucionalidad respecto del art. 468, c/ de la Ley Procesal Militar, por la posible vulneración de los arts. 24.1, 53.2 y 106.1 CE.

En el caso en cuestión, el Tribunal constataba cómo la separación del servicio suponía para el sancionado quedar fuera del Cuerpo de la Guardia Civil, perdiendo los derechos profesionales adquiridos, lo que no era una consecuencia automática ni obligada de la condena penal que al demandante le había sido impuesta como autor de un delito de homicidio, sino derivada de disposiciones sancionadoras contenidas en la Ley de Régimen Disciplinario de las FAS.

El Juez de la Constitución recordaba su jurisprudencia clara y terminante en relación con el régimen disciplinario, según la cual, "para que la acción disciplinaria se mantenga dentro del marco constitucional, es necesaria la existencia de un sistema de tutela judicial que posibilite la revisión por órganos jurisdiccionales de las resoluciones adoptadas, a través de un procedimiento que permita ejercer el derecho de defensa".

Proyectando esa doctrina al caso en cuestión, el Tribunal estimaba que la aplicación del art. 468, c/ LOPM había conducido a un resultado contrario a la protección del derecho fundamental reconocido por el art.24.1 CE, en cuanto que se había impedido al actor el acceso a la jurisdicción y truncado su derecho a obtener una respuesta sobre el fondo de su pretensión mediante la aplicación de una causa de inadmisión inadecuada a las exigencias constitucionales.

En su STC 31/2000, de 3 de febrero, el Tribunal decidía la cuestión interna de inconstitucionalidad que se había planteado, en el sentido de declarar la inconstitucionalidad del mencionado art. 468 c/ LOPM, al entender que "la exclusión del control judicial, por cualquier vía, contra actos administrativos a cuyo través se impone una sanción añadida a la impuesta en una resolución judicial firme, es claramente contraria al art. 24.1 CE". Adicionalmente, al impedir el acceso a la jurisdicción ordinaria, el precepto de la Ley Procesal Militar convierte al recurso de amparo constitucional en la única vía de control jurisdiccional de las resoluciones de la Administración militar, lo que, según el Tribunal, también vulnera el art. 53.2 CE.

III Un proceso semejante a los anteriormente descritos se ha producido respecto de las normas (art. 468, b/ y art. 453, párrafo segundo, ambos de la LOPM) que excluyen del control contencioso-disciplinario militar los actos de imposición de sanciones disciplinarias por falta leve,

salvo que se afectasen derechos fundamentales. El proceso se halla, sin embargo, todavía inconcluso por cuanto el Tribunal aún no se ha pronunciado (escribimos a fecha de 30/XI/2005) sobre la cuestión interna de inconstitucionalidad que en su STC 202/2002, de 28 de octubre, se planteaba, tras otorgar el amparo demandado por el demandante, en relación con las dos normas precedentemente citadas.

Conviene recordar que la exclusión del control judicial de los actos administrativos sancionadores por falta leve se estableció a través del art. 51 de la Ley Orgánica 12/1985, de Régimen Disciplinario de las FAS, justificándose la medida por un sector de la doctrina en base a que las garantías individuales en materia de faltas leves habían de subordinarse a la disciplina y a los superiores intereses de los Ejércitos, que demandan un castigo rápido y ejemplar, que quede firme cuanto antes.

En realidad, como señalara Millán Garrido, la exclusión del control jurisdiccional de los actos sancionadores por falta leve fue, en su momento, una concesión "política" (puede recordarse que en los borradores del texto legal inicialmente propuestos, más aún, ni tan siquiera en el Anteproyecto de 1982, no se preveían recursos judiciales ni tan siquiera contra las sanciones por falta grave), denunciada durante la tramitación parlamentaria de la mencionada Ley y que prosperó con apoyo en una discutible interpretación de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, según la cual, sólo sería preceptivo el control judicial cuando los actos sancionadores implicasen privación de libertad. Como trasfondo de todo ello se hallaba la errónea interpretación de la conocida Sentencia de dicho Tribunal de 8 de junio de 1976 (Caso Engel y otros), a tenor de la cual, a partir de la diferenciación entre "restricción" y "privación" de libertad, los arrestos meramente restrictivos podían imponerse en vía administrativa, sin necesidad de ulterior control judicial.

La presentación de un recurso de amparo por un Sargento de Artillería, sancionado por su Capitán como autor de una falta leve con la sanción de dos días de arresto en domicilio, dio pié, tras el agotamiento de la vía administrativa, a la interposición de un recurso contencioso-disciplinario militar ordinario, ante el Tribunal Territorial Militar Cuarto, contra la imposición de la sanción indicada y contra las resoluciones de los dos recursos de alzada previamente presentados. El Tribunal, mediante Auto, acordó la inadmisión del recurso por "interposición extemporánea del recurso preferente y sumario e inadmisibilidad del recurso ordinario frente a las sanciones por falta leve, cual es el caso". Desestimado el recurso de súplica ante el mismo Tribunal, el demandante de amparo interpuso recurso de casación ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, que concluyó con Sentencia desestimatoria. El larguísimo periplo judicial, que chocó siempre con el formalismo legalista de muchos órganos jurisdiccionales, culminó con la presentación de un recurso de amparo constitucional que la Sala Segunda del Tribunal, a través de la mencionada STC 202/2002, otorgó, elevando al Pleno del Tribunal cuestión de inconstitucionalidad respecto de los artículos ya citados, siendo de reseñar que la Sentencia fue aprobada por la unanimidad de los seis miembros de la Sala.

Entre otras reflexiones, el Tribunal aducirá que el hecho de que las sanciones impuestas por faltas leves no puedan ser impugnadas ante la jurisdicción militar por medio del procedimiento contencioso-disciplinario ordinario, sino sólo por el cauce especial y sumario, se traduce en que como en este último cauce no cabe aducir motivos de impugnación de legalidad ordinaria, el administrado no puede impetrar el control judicial sobre la adecuación del acto sancionador al ordenamiento jurídico excepto por lo que se refiera a los derechos fundamentales y a las libertades públicas. Esta imposibilidad de que el sancionado someta al juicio de los Tribunales la adecuación a Derecho de la actuación administrativa (impuesta por el art. 103.1 CE) que le sanciona por una infracción leve choca frontalmente con el derecho fundamental a la tutela

judicial efectiva sin indefensión, así como, eventualmente, con el contenido del art. 106.1 CE, que atribuye a los Tribunales el control de legalidad de la actuación administrativa.

El Tribunal Constitucional, con toda razón a nuestro entender, saldrá al paso frente al argumento aducido en sede jurisdiccional militar de que la preservación de la disciplina militar exigiría la normativa procesal militar en cuestión. Para el Juez de los derechos, el mantenimiento de la disciplina de los Ejércitos, si es que padece por la interposición de un recurso contencioso-disciplinario ordinario contra una sanción leve, no puede erigirse en motivo constitucionalmente admisible para cerrar toda posibilidad de impugnación, por motivos de legalidad ordinaria, de una sanción impuesta por falta leve.

Este pronunciamiento, que a diferencia de la ya comentada STC 115/2001, suscitó una adhesión generalizada de los Magistrados integrantes de la Sala (mientras que la Sentencia del 2001, avocada por el Pleno, suscitaría el desacuerdo de cuatro Magistrados), debiera de haber conducido al legislador, a poco que fuera mínimamente sensible con los derechos fundamentales, a aprovechar la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 9/2003 para, por lo menos, reconocer legalmente el derecho a recurrir las sanciones disciplinarias militares independientemente de cual fuera su gravedad y naturaleza, a la vista de que la imposibilidad legal del recurso frente a una sanción por falta leve, a juicio de la Sala constitucional, violaba, entre otros preceptos constitucionales, el derecho consagrado por el art. 24.1 CE, además ya de los arts. 106 y 117.5 CE, según se hacía constar en el fallo pronunciado en la STC 202/2002. Obviamente, no habría de ser así, hallándose todavía el tema sub iudice, lo que nos parece por entero criticable.

7. Las particularidades del procedimiento preferente y sumario del art. 518 de la Ley Orgánica Procesal Militar.

La Ley Orgánica Procesal Militar dedica un largo artículo, el art. 518, a la regulación del procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario, procedimiento que ha de seguirse "contra los actos de la Administración sancionadora que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, mencionados en el artículo 453 de esta Ley" (el párrafo tercero del art. 453, como ya dijimos, alude a los derechos fundamentales señalados en el art. 53.2 de la Constitución).

El art. 518, como regla general, sigue las pautas marcadas por la Sección segunda (Garantía contencioso-administrativa) de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, que tras remitirse a las reglas generales de la antigua Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, establecía unas reglas procedimentales específicas. Pues bien, el art. 518 toma como punto de referencia general las reglas de procedimiento establecidas para el procedimiento contencioso-disciplinario militar ordinario, objeto del Título inmediato anterior de la Ley (arts. 473 y sigs.), para establecer a continuación una serie de especialidades procesales que el propio precepto enumera a lo largo de sus once apartados.

De entre las especialidades procesales del procedimiento nos haremos eco a continuación de las más significativas:

A) Es parte del procedimiento la Fiscalía Jurídico Militar. Ello casa, a nuestro juicio, con el hecho de que, al igual que sucede con el recurso de amparo constitucional, no estamos en presencia de un recurso que se limite a proteger un interés subjetivo, y la intervención de la Fiscalía no hace sino corroborarlo, pues es claro que su intervención no puede tener otro sentido que la defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley. Como desde otra perspectiva señala Sánchez del Río, el

Ministerio Fiscal no aparece como parte material que pudiera considerarse codemandada, sino que es una parte formal cuya intervención deriva de que en este procedimiento, por encima del puro litigio entre sancionado y sancionador, aparece un conflicto social entre el sancionado presunto infractor de derechos fundamentales y la propia sociedad que exige su más escrupulosa observancia.

La norma deja abierta la duda acerca del momento procesal en que la Fiscalía ha de intervenir. El art. 518 se remite a las previsiones del procedimiento contencioso-disciplinario ordinario en lo que atañe a los plazos de contestación a la demanda y recibimiento a prueba, con la única particularidad de la reducción de su duración en los términos previstos por el apartado e) --- que al margen del plazo de interposición del recurso, reduce los restantes plazos a tan sólo cinco días, los superiores a ese plazo, salvo el de recibimiento a prueba que será de diez días comunes para proponer y practicar ---. Al no ser parte la Fiscalía en el procedimiento contencioso-ordinario, no queda claro el momento procesal en que la misma ha de intervenir en el procedimiento preferente y sumario.

B) Nos hallamos ante un procedimiento especial de cognición limitada, dirigido a tutelar las violaciones de los derechos contemplados por el art. 53.2 CE, lo que excluye que en él se puedan examinar cuestiones de estricta legalidad ordinaria. La pretensión es, por lo mismo, idéntica a la que cabe deducir en el recurso de amparo constitucional. Sólo cuando las cuestiones de legalidad ordinaria fueren inextricablemente unidas a la violación de derechos denunciada cabría al órgano judicial examinarlas, como es jurisprudencia reiterada de la propia Sala Quinta del Tribunal Supremo.

En coherencia con lo dicho, el acto impugnable es el acto disciplinario sancionador, siempre que afecte al ejercicio de los derechos fundamentales contemplados por el art. 53.2 CE. En sintonía con la dilatada jurisprudencia contencioso-administrativa sobre impugnabilidad de los actos de ejecución, de los supuestos de vías de hecho y también de los actos de mero trámite, se ha entendido que todos ellos son objeto del recurso. Como señala Sánchez del Río, el propio art. 518, en su comienzo, permite una interpretación que excede de la limitada enunciación contenida en el art. 453. Si el párrafo tercero de éste comienza hablando de "contra las sanciones disciplinarias que afecten al ejercicio de derechos fundamentales", el art. 518 se abre con la dicción: "Contra los actos de la Administración sancionadora que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona", lo que no sólo aproxima este último precepto al art. 6º de la Ley 62/1978 (que hablaba, pues hoy, como es bien sabido, ya está derogado, de: "Contra los actos de la Administración pública, sujetos a Derecho administrativo, que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona"), sino que también lo acerca a la determinación del art. 43.1 de la LOTC (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

C) El procedimiento implica una simplificación que, en lo básico, se refiere a los plazos procesales. Mientras el recurso contencioso-administrativo preferente y sumario que contemplaba la Ley 62/1978 había de interponerse dentro de los diez días siguientes a la notificación del acto impugnado, si fuere expreso, el recurso que contempla la Ley Procesal Militar ha de interponerse dentro de los cinco días siguientes a la notificación (apartado e/del art. 518). El apartado b/ establece que para la interposición no será necesario el recurso de reposición ni la utilización de cualquier otro previo en vía disciplinaria, lo que a su vez es fiel trasunto de la previsión del art. 7º. 1 de la Ley 62/1978. Ello podría hacer pensar que nos encontramos ante una especialidad de este procedimiento, si bien tal conclusión no deja de ser equívoca, por cuanto el art. 473,

norma de apertura del Título IV de la LOPM, en relación al procedimiento contencioso-disciplinario ordinario, dispone que: "Contra los actos de imposición de sanción que hayan causado estado en vía disciplinaria militar, no procederá la interposición del recurso de reposición como previo al contencioso-disciplinario". Quiere ello decir que la innecesariedad de interposición del recurso de reposición a que alude el art. 518, b/ LOPM no puede considerarse, en rigor, una singularidad procesal del procedimiento que nos ocupa.

D) El art. 518 no exige que en el escrito de interposición se exprese con claridad y concisión el derecho o derechos cuya tutela se pretende, al igual que los argumentos sustanciales en que se fundamente el recurso; ello también es tributario de la regulación dada a la garantía contencioso-administrativa en la Ley 62/1978, tratamiento que sería sustancialmente modificado por la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuyo art. 115.2 sí exige los mencionados requisitos. Ciertamente, la exigencia en cuestión ha sido establecida por la jurisprudencia a modo de elemento básico a los efectos de poder decidir sobre la admisión, lo que no obsta para reivindicar la conveniencia de que tales exigencias fueran normativizadas en una futura reforma del régimen jurídico procesal-militar.

E) La Ley 62/1978 partía del principio general de suspensión del acto impugnado, con la sola salvedad de que se justificare la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general; frente a ello, la Ley Procesal Militar sigue una regla diferenciada: solicitada la suspensión del acto impugnado, el Tribunal, tras oir a las otras partes, resolverá en el plazo de tres días, ponderando la defensa del derecho fundamental alegado con los intereses de la disciplina militar. De la redacción dada al apartado f/ del art. 518 se deriva una amplia discrecionalidad del Tribunal a la hora de ponderar los derechos e intereses en juego con vistas a decidir o no la suspensión. Esa discrecionalidad es patente igualmente si se confronta el régimen jurídico del contencioso-disciplinario militar preferente y sumario con el régimen jurídico de las medidas cautelares que entre las disposiciones comunes al procedimiento contencioso-administrativo y a los procedimientos especiales (entre ellos, el procedimiento para la protección de derechos fundamentales), contempla el Capítulo 2º del Título VI de la Ley 29/1998, de 13 de julio, medidas entre las que es obvio que tiene cabida la suspensión del acto impugnado.

F) El apartado g/ del art. 518 dispone que la resolución que ordene la resolución del expediente se notificará de inmediato a las partes emplazándolas para que puedan comparecer ante el Tribunal en el plazo de cinco días, tras lo que se precisa que la falta de envío del expediente dentro del plazo previsto y la de alegaciones por parte de la Administración sancionadora no suspenderá el curso de los autos. El contraste con el art. 8º.2 de la Ley 62/1978, fuente de inspiración última del apartado citado, era patente por cuanto este último preveía el requerimiento por la Sala al órgano administrativo no sólo para la remisión del expediente, sino también para que pudiera alegar lo que estimara pertinente en relación al fundamento del acto impugnado. Este derecho de la Administración a formular alegaciones no es expresamente contemplado por el mencionado apartado g/, aunque se halle implícito en el mismo. Aunque la conexión de tal apartado con el art. 477 LOPM (que contempla el trámite de reclamación del expediente administrativo por parte del Tribunal en el contencioso-disciplinario militar ordinario) tampoco conduce a vislumbrar la formulación de alegaciones por parte de la Administración, innecesario es decir que la misma es inexcusable, si bien no sería inútil una específica alusión a la misma en una futura reforma legal.

G) Uno de los aspectos más criticables del art. 518 es la previsión que acoge su apartado c/, a cuyo tenor: "Quien ostente la representación y defensa de la Administración sancionadora no podrá allanarse a la demanda". Ello entraña que la contestación a la demanda por parte del Abogado del Estado ha de ser necesariamente de oposición, lo que, como bien dice Sánchez del Río, constituye una singularidad reprobable. Tal determinación ha de ponerse en conexión con el párrafo segundo del art. 464 de la propia Ley, de acuerdo con el cual, quien ostente la representación y defensa del Estado a que se refiere el art. 447 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no podrá allanarse a la demanda sin estar autorizado para ello por el Ministro de Defensa. No nos cabe duda de que estamos ante un aspecto que habría de ser objeto de modificación en un futuro.

H) No menos afortunada es la previsión del apartado h/ del mismo artículo 518, a cuyo tenor: "No se dará vista, que será sustituida por el trámite de conclusiones que determina el art. 489". El procedimiento oral, que ha de ser predominante, sobre todo en materia criminal, lo que puede hacerse extensivo a lo disciplinario, es una exigencia constitucional (art. 120.2 CE), y es obvio por lo demás que se trata del procedimiento que mayores garantías otorga. Puede haber motivos que expliquen el porqué de la ausencia de oralidad, como la conveniencia de evitar confrontaciones que podrían hacer peligrar la disciplina, pero, como de nuevo sostiene Sánchez del Río, lo que es incomprensible es que, en contra de la sumariedad, el procedimiento se alargue con un trámite innecesario si no se ha practicado prueba, lo que contrasta con el texto de la Ley 62/1978, en el que no se contemplaba tal trámite.

I) Un último aspecto ha de comentarse: la falta de toda referencia a la sentencia por parte del art. 518. Ciertamente, ello se suple acudiendo al Capítulo 7º (De la sentencia) del Título IV, relativo al procedimiento contencioso-disciplinario ordinario (arts. 491 a 497 de la misma LOPM), pero dada la divergencia entre ambos procedimientos, el ordinario y el preferente y sumario, alguna previsión sería conveniente al respecto, siguiendo, por ejemplo, la que acoge el art. 121 de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

En definitiva, diversos aspectos del procedimiento de amparo judicial militar deberían ser modificados o completados en una futura reforma de la norma legal.

Notícia sobre Jurisdição Militar no Brasil[1]

José Afonso da Silva *

I - Militar

1. A Constituição de l988 originariamente previa duas categorias de servidores públicos: os civis e os militares. Mas a EC-18/98 modificou seu art. 42, retirando dele a matéria referente aos militares das Forças Armadas, transferindo-a para o § 3º do art. 142. São, não obstante, dois tipos de agentes públicos: os servidores civis são agentes públicos administrativos e os outros, agentes públicos militares. São federais os militares integrantes das Forças Armadas, e estaduais os militares integrantes das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares. São duas diferenciações importantes, a que se verifica entre civis e militares e, entre estes, os federais e os estaduais, tanto do ponto de vista do regime jurídico a que estão sujeitos como do ponto de vista da organização da jurisdição a que se submetem.

2. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, Exército e Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e se destinam à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem (art. 142).

Constituem, assim, elementos fundamentais da organização coercitiva a serviço do Direito e paz social. Esta nelas repousa pela afirmação da ordem na órbita interna e do prestígio estatal na sociedade das nações. São, portanto, os garantes materiais da subsistência do Estado e da perfeita realização de seus fins. Em função da consciência que tenham da sua missão está a tranqüilidade interna pela estabilidade das instituições. É em função de seu poderio que se afirmam, nos momentos críticos da vida internacional, o prestígio do Estado e a sua própria soberania.[2]

3. Dado o relevo de sua missão, nossas Constituições sempre reservaram a elas posição especial. A do Império destacou-lhes um capítulo com seis artigos, em que se lhes traçam as linhas mestras (arts. 145 a 150). A primeira Constituição republicana não lhes abriu capítulo especial, mas delas cuidou em vários dispositivos esparsos, reconhecendo-lhes a mesma destinação e relevo (arts. 14, 34, ns. 17 e 18, 48, ns. 3, 4 e 5, 73, 74, 76, 77 e 78). A Constituição de 1934 volta a destinar-lhes título específico denominado da *segurança nacional* (Tít. VI) e a de 1937 desdobrou a matéria em dois capítulos: um sobre os Militares da Terra e Mar (art. 160) e outro sobre a segurança nacional, técnica que tornou a ser adotada pelas Constituições de 1967 e 1969, que, em seções diferentes, cuidaram da segurança nacional e das Forças Armadas (respectivamente, arts. 89-91 e 92-94, e 86-89 e 90-93), enquanto a Constituição de 1946 incluíra num só título as Forças Armadas e o Conselho de Segurança Nacional (Tít. VII, arts. 176-183).

A Constituição vigente abre a elas um capítulo do Título V sobre a defesa do Estado e das instituições democráticas com a destinação acima referida, de tal sorte que sua missão essencial é a da defesa da Pátria e a garantia dos poderes constitucionais, o que vale dizer defesa, por um lado, contra agressões estrangeiras em caso de guerra externa e, por outro lado, defesa das instituições democráticas, pois a isso corresponde a garantia dos poderes constitucionais, que,

---

[1] Este texto é uma versão bastante modificada de outro de igual título, que integrou, em espanhol, o livro *Jurisdição Militar y Constitución en Iberoamérica*, sob a coordenação de German J. Bidart Campos e José E. Palomino Manchego, publicado em homenagem ao constitucionalista peruano Domingo García Belaunde.

* Prof. Titular aposentado da Faculdade de Direito da USP

[2] Cf. Seabra Fagundes, Miguel, As Forças Armadas na Consituição, Rio de Janeiro, Biblioteca do Exército, 1955, p. 11.

nos termos da Constituição, emanam do povo (art. 1º, parágrafo único). Só subsidiária e eventualmente lhes incumbe a defesa da lei e da ordem, porque essa defesa é de competência primária das forças de segurança pública, que compreendem à polícia federal e às polícias civil e militar dos Estados e do Distrito Federal.

II - Direitos e garantias constitucionais dos militares

4. A importância constitucional das Forças Armadas e das polícias militares, como forças auxiliares e reserva do Exército, levou o legislador constituinte a cercar seus integrantes de garantias e prerrogativas. Por isso, também, limita o ingresso à carreira de oficial das Forças Armadas, aos brasileiros natos (CF, art. 12, § 3º, VI). A Constituição distingue, porém, entre oficiais e não oficiais. Aqueles têm patente, títulos e posto, ao passo que os não oficiais, que são as praças, só possuem o título de nomeação e graduação.

5. A patente era antigamente a carta régia de concessão de um título, posto ou privilégio militar de nível superior. Hoje é o ato de atribuição do título e do posto a oficial militar; por isso, é que Pontes de Miranda pode dizer que quem tem a patente tem o título, o posto e o uniforme que a ela correspondem,[3] bem como as prerrogativas, direitos e deveres a ela inerentes, diz a Constituição (CF, art. 142, § 3º). Mas o título e o posto não se confundem, como pode dar a entender o texto desse autor. Posto é o lugar que o oficial ocupa na hierarquia dos círculos militares. O título é a designação da situação confiada ao titular dos postos (ex.: posto – General de Exército; título – Comandante de Exército). Uniforme é a farda, que não é privativa dos oficiais, mas, na forma e uso regulados em lei, o é dos militares. As patentes dos oficiais das Forças Armadas são conferidas pelo Presidente da República, e as dos oficiais das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, pelos respectivos Governadores (CF, art. 42, § 1º).

Graduação é o lugar da praça na hierarquia militar, mas sem garantias especiais de posto.

6. A Constituição garante as patentes dos oficiais da ativa, da reserva e dos reformados das Forças Armadas, das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal (CF, art. 42, § 1º, e 142, § 3º). Fala várias vezes em militar da ativa, transferência para a reserva, reforma e agregação, indicando, com esses termos, situações dos militares, que podem, em verdade, ser reduzidas a duas: *atividade* e *inatividade*. A primeira diz respeito ao militar que se encontra incorporado nas fileiras da tropa em exercício do serviço militar. É a situação do militar em efetivo exercício de seu posto ou graduação. A inatividade é o estado ou situação do militar afastado temporária ou definitivamente do serviço da respectiva força. A inatividade, assim, abrange a agregação, a transferência para a reserva e a reforma.

7. O oficial das Forças Armadas só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial em tempo de guerra (CF, art. 142, § 3º, VI).

Tribunal militar permanente é o constante da organização judiciária pré-constituída, integrante do Poder Judiciário, como são os Tribunais e Juízes Militares previstos nos arts. 92, VI, e 122, competentes para processar e julgar os crimes militares.

A *indignidade* e a *incompatibilidade* para com o oficialato depende de declaração de um desses tribunais nas circunstâncias previstas. A mera condenação à pena restritiva da liberdade não induz, só por si, a perda da patente e do posto. Se o militar for condenado pela justiça comum ou militar à pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado,

---

[3] Cf. Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti, *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969*, t. III, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970, p. 4000.

será submetido a julgamento perante tribunal militar permanente em tempo de paz ou tribunal especial em tempo de guerra, para o fim de ser eventualmente declarado indigno do oficialato ou com ele incompatível com a conseqüência da perda da patente e do posto (CF, art. 142, § 3º, VII). Vê-se por aí que a condenação à pena restritiva de liberdade por mais de dois anos não implicará perda da situação militar, mas importará no julgamento de indignidade e de incompatibilidade. O tribunal militar não estará, contudo, obrigado a admitir estas só por causa da condenação. A natureza do crime apenado é que levará à apreciação e ao reconhecimento da indignidade ou incompatibilidade e, portanto, à perda da patente e do posto. Se a condenação for à pena inferior a dois anos, não caberá o procedimento de apuração da indignidade e da incompatibilidade para com o oficialato; por conseguinte, nem da perda da patente e do posto.

III - Jurisdição militar: antecedentes

8. Pontes de Miranda observa que "as instituições militares têm leis próprias, devido à especificidade mesma das suas funções e das tansgressões dos seus códigos e regulamentos. A evolução opera-se em triplo sentido: a) retirar-se à legislação e à Justiça Militar, ou só a essa, o que não é mister que lhe fique, e nela se achava por privilégio de casta ou de classe: b) precisar-se o que é crime militar e infração disciplinar simples, de modo que a legislatura não vá até a assuntos de regulamento militares; c) estender-se à postulação, devido ao caráter das guerras hodiernas, tanto entre indústrias, inteligências e massas humanas quanto entre corpo de organização regular, o conceito de delito militar em tempo de guerra, ou, em tempo de paz, de delito militar e de jurisdição militar".[4]

9. Cita decisão do Supremo Tribunal Federal, de 1894, segundo a qual sendo "o foro militar uma restrição ao foro comum e cerceando as garantias que o direito comum assegura aos cidadãos em geral, não pode ser ampliado a causas e a pessoas que as leis não tenham expressamente sujeitado aos tribunais militares". O que se quer realçar é que o constitucionalismo brasileiro delimita o objeto da jurisdição militar na defesa das garantias comuns asseguradas aos cidadãos em geral de terem seus delitos julgados pelas jurisdições comuns, e não por uma jurisdição de casta. Mas essa regra foi quebrada pelas Constituições do regime militar que ampliaram a jurisdição militar a civis em certas situações.

10. A referida delimitação condiciona a organização da jurisdição militar e sua competência *rationae materiae* e *rationae personae*, que postula a definição expressa no texto constitucional do tipo do delito (crime militar) e das pessoas a ele sujeitas.

11. Contudo, a Constituição do Império (1924-1889), embora dedicasse seis artigos à Força Armada de Mar e Terra, não cuidara da jurisdição militar, apenas estatuiu que os Oficiais do Exército e da Armada (Marinha de Guerra) não poderiam ser privados das suas patentes, senão por sentença proferida em Juízo competente, mas não se referiu à Justiça Castrense nem assegurou jurisdição especial para o julgamento de crimes militares. Havia, porém, desde 1908, o Conselho Supremo Militar e o Conselho de Justiça, que julgava, em última instância, os processos criminais dos réus sujeitos ao foro militar,[5] a propósito dos quais fora explícita a Constituição republicana de 1891, com as transformações que se lêem no seu art. 77, segundo o qual os militares tinham foro especial nos delitos militares, foro esse composto de um "Supremo Tribunal Militar", cujos membros eram vitalícios, e dos "Conselhos" necessários para a formação da culpa e julgamento dos crimes. Aí já surgia a idéia de "delitos militares", como uma forma

---

[4] Idem, t. IV, 2ª ed., p. 230.

[5] Cf. Godinho, Gualter, *Legislação de Segurança e Direito Penal Militar* (votos e julgados no Superior Tribunal Militar).

típica de crimes cujo conceito ainda hoje não está definitivamente fixado. Aí também estava a idéia de que não se concebia o julgamento dos delitos militares por juiz singular, mas por um Conselho de Justiça em primeiro grau e um Tribunal Superior em segundo grau.

Importava, pois, buscar uma clara fixação dos dois elementos delimitadores do objeto dessa jurisdição especial: o da *qualidade da pessoa* e o da *qualidade do delito*. A esse propósito, pronunciou-se o nosso primeiro comentador constitucional, João Babalho: "Para os crimes previstos pela lei militar, uma jurisdição especial deve existir, não como privilégio dos indivíduos que os praticam, mas atenta a natureza desses crimes e a necessidade, a bem da disciplina, de uma repressão pronta e firme com formas sumárias... Sem disciplina, não há subordinação nem segurança; ela é a vida e a força dos exércitos. E sem uma jurisdição própria, privativa, militar também, essa disciplina seria impossível".

"Mas esse foro" – acrescenta mais adiante – "reflita-se, não é propriamente para os crimes dos militares, sim para os crimes militares; porque no militar há também o homem, o cidadão, e os fatos delituosos praticados nesta qualidade caem sob a alçada da jurisdição comum a todos os membros da comunhão civil; o foro especial , só para o crime que ele praticar como soldado, *ut miles*, na frase do jurisconsulto romano".[6]

Por isso, Ruy Barbosa profligou, com veemência, a aplicação da jurisdição militar a civis, na célebre defesa do *habeas-corpus* impetrado em favor de presos civis, em discurso perante o Supremo Tribunal Federal (9.8.93). "Os casos meramente militares estão definidos na provisão de 20 de outubro de 1834. A todas essas ramificações do nosso direito presidia o critério dominante de só considerar militares os alistados ao serviço do exército. Esse direito não foi alterado e vê-lo-eis implantado na legislação especial, sob o Governo Provisório, consultando os trabalhos de codificação organizados pelo finado Conselheiro Amaral.

"A lei reacionária de 3 de novembro foi que veio abrir exceções, até então desconhecidas, entregando os militares ao seu foro especial, não se atrevendo a ligar à sorte deles os paisanos envolvidos nos mesmos delitos. Foi preciso termos chegado ao zenit da democracia e da liberdade, para vermos sustentado o princípio cruel de que os civis devem ser submetidos aos conselhos de guerra, sob o domínio de uma Constituição Republicana."

E logo concluía que o "legislador procura sempre dois elementos - o da qualidade da pessoa e o da qualidade do delito. E quando uma causa se acha fora daqueles casos especificados, pertence ao foro comum. Nem por sonhos se podem descobrir os casos de um civil sujeito a foro militar".[7]

Mais tarde, a jurisprudência do Superior Tribunal Militar e do Supremo Tribunal Federal firmou a tese de que o foro militar não se estenderia, de modo algum, aos civis: "O civil que pratica crime no interior de um arsenal de caráter militar, não comete crime dessa natureza. O foro militar é incompetente para processar e julgar civis em tempo de paz".[8]

12. Ocorre que a Constituição de 1934 frustrou os sonhos do grande publicista e a orientação dessa jurisprudência, admitindo a extensão da jurisdição militar a civis em casos nela especificados. Deu também maior organicidade aos órgãos da Justiça Militar, nos seus arts. 84 a 87, segundo os quais os militares e as pessoas que lhes são assemelhadas terão foro especial nos delitos militares. Este foro podia ser estendido aos civis, nos casos expressos em lei, para a repressão de crimes contra a segurança externa do país, ou contra

---

[6] Cf. Babalho, João, *Constituição Federal Brasileira, Comentários*, (Edição Fac-Similar dos Comentários à Constituição Federal de 1891), Brasília, Senado Federal/Secretaria de Documentação e Informação, 1992, p. 343.

[7] Cf. *Comentários à Constituição Federal Brasileira* (coligidos e organizados por Homero Pires), t. 6, São Paulo, Saraiva, 1934, p. 253.

[8] Cf. Acórdão do então Supremo Tribunal Militar, de 5.3.1921, julgado confirmado pelo Supremo Tribunal Federal no Conflito de Jurisdição n. 523, de 28.5.1921 (Cf. Thomaz Pará, *Legislação Militar e Jurisprudência*, Rio de Janeiro, Imprensa Militar, 1922, p. 193.).

as instituições militares. Determinou que a lei regulasse também a jurisdição dos juízes militares e a aplicação das penas da legislação militar, em tempo de guerra, ou na zona de operações durante grave comoção intestina. Declarou como órgãos da Justiça Militar o Supremo Tribunal Militar e os tribunais e juízes inferiores, criados por lei. Reconheceu inamovibilidade aos juízes militares sem exclusão da obrigação de acompanharem as forças junto às quais tenham de servir. Por aí se vê que se aplicou a qualidade da pessoa sujeita à jurisdição militar: o militar, *pessoa assemelhada* aos militares e os civis, nos casos apontados. Essas disposições foram mantidas nas Constituições de 1937 e 1946. Suscitou controvérsia o conceito de pessoa assemelhada aos militares, especialmente tendo em referência os integrantes das Polícias Militares dos Estados. Eduardo Espínola relata a divergência no seio do Supremo Tribunal Federal, em julgado de 21.1.48:

"O relator ministro Edgard Costa assim precisou os termos da controvérsia:

"Se à justiça militar compete processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os militares e as pessoas que lhes são assemelhadas (Constituição, art. 108); se as polícias militares estaduais são consideradas como forças auxiliares, reservas do Exército - (Constituição, art. 183); se se consideram crimes militares, em tempo de paz, os previstos no Código Penal Militar, embora o sejam na lei penal comum, quando praticados por militares em situação de atividade, ou assemelhados, contra militar na mesma situação ou assemelhado (Cód. Pen. Mil., art. 8º, n. II, letra a), o crime praticado por um soldado do Exército contra outro da Polícia Militar Estadual, ou vice-versa, desde que previsto no Cód. Pen. Mil., é crime militar, sujeito ao julgamento da justiça militar. Não é requisito para se caracterizar a qualidade de militar do soldado da Polícia, o estar ele mobilizado a serviço da União; essa circunstância só diz respeito às vantagens que, atribuídas ao pessoal do Exército, lhes são extensivas, nos termos do parágrafo único do art. 183 da Constituição [1946].

"O ministro Ribeiro da Costa discorda desse voto, entendendo que o soldado da polícia só está submetido à Justiça Militar, quando de acordo com a lei, a Polícia esteja incorporada às forças do Exército por motivo de guerra.

"O ministro Goulard de Oliveira tinha opinião idêntica ao do ministro Ribeiro da Costa.

"Os ministros Laudo de Camargo, Castro Nunes, Aníbal Freire, Orozimbo Nonato, Barros Barreto e Hannemann Guimarães entendem que soldado de polícia é assemelhado"[9]. É também o entendimento do Superior Tribunal Militar (Arquivo Judiciário, vol. 86, 1948, págs. 316 e segs.)".[10]

A controvérsia era sem base, porque, claramente, o policial militar era e é militar e não assemelhado. Hoje, isso é fora de dúvida, porque a Constituição o tem como militar (art. 42).

Fora daí, o conceito de assemelhado foi estabelecido, enumerativamente, pelo Decreto 4.988, de 8.1.1926, por onde não importava a natureza das funções exercidas, mas a subordinação à disciplina militar. Assim é que o art. 2º daquele decreto enumerava:

"São assemelhados os indivíduos que, não pertencendo à classe militar dos combatentes, exercem funções de caráter civil, ou militar, especificadas em leis, ou regulamentos, equiparadas, nos arsenais de guerra, fortalezas, quartéis, acampamentos, repartições, lugares e estabelecimentos de natureza e jurisdição militar e sujeitos, por isso, a preceito de subordinação e disciplina".

---

[9] Arquivo Judiciário, vol. 87, 1948, págs. 133 e segs.; 177 e segs.

[10] Cf. *A Constituição dos Estados Unidos do Brasil* (18 de setembro de 1946), v. 2, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1952, pp. 477 e 478.

O Código Penal Militar(Decreto-lei 1.001, de 21.10.1969) manteve essa regra numa definição sintética de assemelhado: "Considera-se assemelhado o servidor, efetivo ou não, dos Ministérios da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, submetido a preceito de disciplina militar, em virtude de lei ou regulamento" (art. 21).[11]

13. A aplicação da jurisdição militar aos civis sempre foi fonte de controvérsia. Vimos como Ruy Barbosa a condenou com veemência sob a Constituição de 1891, mas também referimos ao fato de que a Constituição de 1934 a previu, assim como a de 1946, ao declarar que esse foro especial poderia estender-se aos civis nos casos expressos em lei, para a repressão de crimes contra a segurança externa do País ou as instituições militares (art. 108, § 1º), que possibilitou ao Supremo Tribunal Federal lhe dar uma interpretação restritiva, com as decisões de 19.11.47 (conflito de jurisdição 1.692, de São Paulo) e de 29.9.1949 (conflito de jurisdição 1.752). Neste segundo caso, alegava-se que se tratava de agitação de operários por elementos comunistas pondo em perigo as instituições. O Supremo entendeu que a competência era da justiça comum, porquanto não se verificava algum crime dos indiciados civis contra a segurança externa do país, ou as instituições militares para que o caso fosse submetido à competência da justiça militar[12].

14. Mas a Constituição de 1967 ampliou a aplicação dessa jurisdição especial aos civis, ao declarar que ela poderia estender-se aos civis, nos casos expressos em lei para repressão de crimes contra as instituiões militares e a segurança nacional (aqui está a extensão, pois, não apenas nos crimes contra a segurança externa do país, mas nos contra a segurança nacional, conceito mais amplo, especialmente no regime militar). Suavisava, porém, essa extensão prevendo recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal, e previa a competência originária do Superior Tribunal Militar para o processo e julgamento dos Governadores de Estados e seus Secretários naqueles crimes. A Constituição de 1969 agravou, porém, a situação dos civis, ao excluir o recurso para o Supremo Tribunal Federal, com o que eles, quando envolvidos naqueles crimes, ficavam sujeitos inteiramente à jurisdição militar.

15. A Constituição de 1988 redefiniu a matéria, não mencionando os assemelhados nem a extensão da jurisdição militar aos civis, como veremos em seguida.

IV - Fundamentos constitucionais vigentes da jurisdição militar

16. A Constituição de 1988, como as demais, contém disposições sobre a jurisdição militar federal e a jurisdição militar nos Estados. Ambas se regem pelos Códigos Penal Militar e Processual Militar federais, já que somente a União tem competência para legislar sobre direito penal e direito processual comuns ou especiais.

17. Os arts. 122 a 124 dão os fundamentos da Justiça Militar federal, ou seja, da Justiça Militar que tem competência para processar e julgar os crimes militares dos integrantes das Forças Armadas, incluindo a previsão dos órgão da jurisdição militar e sua competência, enquanto no art. 125, os § 3º e 4º, autorizam os Estados a organizar sua Justiça Militar para processar e julgar os policiais militares nos crimes militares definidos em lei.

---

[11] Macedo Soares, citado por Ramagem Badaró, definiu os assemelhados como aqueles que, não sendo combatentes, fazem parte do Exército e da Armada sujeitos às leis militares gozando dos direitos, vantagens e prerrogativas dos militares, tais são os que fazem parte das classes anexas: médicos, farmacêuticos, capelães, auditores, oficiais da fazenda Armada, empregados da contadoria de guerra, inválidos e asilados, os reformas e os oficiais honorários, quando em serviço militar (Cf. Badaró, Ramagem, **Comentários ao Código Penal Militar de 1969**, vol. I, São Paulo, Editoria Juriscédi, 1972, pp. 63 e 64).

[12] f. Arquivo Judiciário, v. 89, 1949, p. 321

V - Órgãos da jurisdição militar federal

18. São órgãos da jurisdição militar federal o Superior Tribunal Militar e os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei. O Superior Tribunal Militar compõe-se de quinze juízes, dez militares e cinco civis, todos vitalícios, com a denominação de Ministros, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal. Os Ministros militares hão de ser escolhidos do seguinte modo: três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira (art. 123, caput). Os Ministros civis são escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, sendo: três dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, e dois, alternadamente, dentre juízes auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar (art. 123, parágrafo único). A Constituição não exige que os Ministros civis sejam brasileiros natos, como se exigia no regime anterior. Os Ministros militares hão de ser brasileiros natos, não porque seja isso exigido para integrar o Tribunal, mas porque a Constituição requer que os oficiais das Forças Armadas tenham essa qualificação (art. 12, § 3º, VI). Isso, contudo, não se estende aos civis, já que a Constituição só menciona que sejam brasileiros maiores de trinta e cinco anos, e, como em nenhum outro lugar, ela exige que o integrante daquele Tribunal seja brasileiro nato, por brasileiros, no art. 123, parágrafo único, há de entender-se natos ou naturalizados, de sorte que se tornou revogado o disposto no art. 7º, § 2º, do Decreto-lei 1.003, de 21.10.69, quando requer que os Ministros civis sejam brasileiros natos, por conflitar com o § 2º do art. 12 da Constituição que declara que a lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, a não ser nos casos previstos na própria Constituição.

19. Além do Superior Tribunal Militar, são também órgãos da jurisdição militar, como dissemos, os Tribunais e Juízes Militares instituídos em lei. A própria Constituição menciona os juízes auditores, que a lei há de incluir na institucionalização da justiça militar de primeiro grau. Embora o texto constitucional (art. 122, II) se refira a Tribunais e Juízes Militares, em verdade não há outros Tribunais da Justiça Militar além do já referido S. T. M. É, também, de notar-se que a Constituição não requer que a jurisdição militar de primeiro grau seja organizada em Conselhos de Justiça, salvo, como veremos, para a Justiça Militar estadual. Mas a lei vigente os prevê. Então, em suma, podemos dizer que a jurisdição militar de primeiro grau compreende as Auditorias Militares e os Conselhos de Justiça Militar.

20. Cada Auditoria terá um auditor, um auditor substituto, um procurador, um advogado de ofício e respectivos substitutos, um escrivão, quatro técnicos de serviços judiciários, um oficial de justiça e demais auxiliares constantes de quadro previsto em lei. A carreira da magistratura civil da Justiça Militar compreende os Auditores Substitutos, os Auditores e os Auditores-Corregedores, e se inicia no cargo de Auditor Substituto, nomeado dentre bacharéis em Direito, com idade não inferior a vinte e cinco anos, nem superior a quarenta e cinco anos, aprovado em concurso público de provas, e por ordem de classificação, na forma de instruções estabelecidas pelo Superior Tribunal Militar. Os cargos de Auditor são providos por promoção de Auditores Substitutos, pelo critério alternado de antigüidade e merecimento. A antigüidade se apura pelo maior tempo no cargo de Auditor Substituto. O merecimento se afere pelos critérios da presteza e segurança no exercício da jurisdição e pela freqüência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento, e a promoção se fará, em tal caso, mediante lista tríplice organizada pelo Superior Tribunal Militar, em sessão secreta.[13] Existe ainda uma Auditoria de

[13] Cf. *Lei de Organização da Justiça Militar* (Decreto-lei 1.003/1969, arts. 27 a 32).

Correição integrada por um Auditor-Corregedor, nomeado dentre Auditores, mediante lista tríplice organizada pelo Superior Tribunal Militar, em sessão secreta.

21. Os Conselhos de Justiça Militar são de duas categorias:

a) Conselhos Especiais de Justiça, para processar e julgar oficiais, exceto oficiais-generais (que são processados e julgados pelo S. T. M.);

b) Conselhos Permanentes de Justiça, para processar e julgar os insubmissos e os acusados que não sejam oficiais, exceto os Auditores, Procurador-Geral, Procuradores e Advogados, e substitutos que são processados e julgados pelo S. T. M.

O Conselho Especial de Justiça, presidido por um oficial superior, está constituído do Auditor e de quatro juízes militares, estes sempre de posto mais elevado do que o acusado ou de posto igual, mas com maior antigüidade. Será formado para cada processo e se dissolverá depois de concluídos os seus trabalhos, reunindo-se novamente, por convocação do Auditor, se sobrevier nulidade do processo ou do julgamento, ou diligência determinada pelo Superior Tribunal Militar.

Os Conselhos Permanentes de Justiça são constituídos do Auditor, de um oficial superior (ou seja, Tenente-Coronel, Coronel, ou General), como presidente, e de três oficiais até o posto de capitão ou capitão-tenente.

Os juízes militares dos Conselhos Especiais e Permanentes são sorteados pelo Auditor na presença do procurador e do escrivão, dentre oficiais da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, em serviço ativo na sede da Auditoria, recorrendo-se a oficiais fora deste local, porém no âmbito da Circunscrição Judiciária da Auditoria, somente quando os da sede forem insuficientes.

22. Como se nota, as Auditorias são distribuídas por Circunscrições Judiciárias. Para tal fim, o território nacional é dividido em doze Circunscrições. Cada uma terá uma Auditoria, exceto a 1ª, que abrange os Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santos, que terá sete: duas com jurisdição privativa da Marinha, três do Exército e duas da Aeronáutica, e as 2ª (Estado de São Paulo) e 3ª (Estado do Rio Grande do Sul) que terão três cada. Estas, como as que sejam únicas na respectiva Circunscrição, têm jurisdição mista, para conhecer dos processos relativos à Marinha, ao Exército e à Aeronáutica, e suas sedes serão as fixadas em lei, coincidindo ou não com a da Região Militar.

VI - Competência da justiça militar

23. A Constituição vigente declara que compete à Justiça Militar processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Não prevê mais a extensão dessa jurisdição aos civis, mas, ainda que nada o diga, parece não excluir o conceito de pessoas assemelhadas aos militares, que consta da legislação militar ordinária.

24. Seja como for, a extensão e os limites da jurisdição militar dependem do conceito do que seja crime militar e de quem o possa cometer. Essa questão já foi objeto de controvérsia, que hoje talvez mereça consideração, em face da cláusula da Constituição que fala em crime militar definido em lei, o que pode dar margem a uma extensão inconveniente por fazer subsumir, naquela jurisdição especial, delitos que, a rigor, deveriam estar sujeitos à jurisdição comum, segundo insegura e perigosa doutrina que põe a definição do crime militar no critério ratione legis, segundo o qual "crimes militares são os que a lei define como tais ou sujeitos ao julgamento dos tribunais militares. Não existe para o legislador qualquer limite fundado na natureza da infração. Esta, qualquer que seja, pode, em circunstâncias prefiguradas na lei, constituir um delito militar e caber na jurisdição militar. Por isso é que o crime comum, praticado em dada ocasião ou em certo lugar - ratione temporis aut loci - toma a feição de, ainda que acidentalmente,

militar".[14] Essa doutrina, tirada de um julgado do Supremo Tribunal Federal, não reflete um posição exata desse Colendo Tribunal, que ainda hoje se debate em busca de um critério menos elástico.[15]

Um princípio geral pode ser estabelecido, qual seja o de que, tratando-se de jurisdição especial para julgar um tipo de crime também especial, o entendimento do que isso seja deve ser restrito. Pontes de Miranda problematizou a questão nos seguintes termos: "Pergunta-se: possui a Constituição conceito, seu, quer dizer – constitucional – de direito positivo de crime militar, ou existe conceito *a priori*, que tenha recebido como seu? Se não possui, é a lei ordinária que tem de definir o crime militar, como lhe aprouver, desde que se ache em causa, como sujeito, militar, ou pessoa que lhe seja assemelhada?"[16] Lembra entendimento do Superior Tribunal Militar, no regime da Constituição de 1967, que, à vista da cláusula "crimes definidos em lei", não existia conceito constitucional, nem conceito *a priori*, que a Constituição haja adotado, para a definição do que seja "delito militar", mas também recorda que a antiga Corte Suprema (hoje, Supremo Tribunal Federal), em decisão de 22.11.34, entendeu que havia conceito *a priori*, doutrinário, de crime militar, que o relator do acórdão foi buscar nos comentadores da Constituição de 1891. Pontes de Miranda, contudo, alerta que esses comentadores apenas se referiram a crimes militares, sem dizer que o conceito preexistia ou supra-existia à legislação ordinária. Conclui assim o pranteado constitucionalista:

"Em todo caso, tratava-se de crime que praticara, na rua, por questão de família, sargento contra tenente; e a antiga Corte Suprema considerou competente a Justiça comum, e não a excepcional. O que se pode tirar do acórdão é, portanto, o seguinte: quando o crime é praticado por alguma questão inteiramente particular, estranha a qualquer consideração da classe, ou do serviço, ou da ordem, ou da disciplina militar, como seja pura questão de família, o legislador ordinário não pode reputar militar o crime, incluindo-o na lei penal militar, porque dilataria, indevidamente, isto é, sem razão, o conceito de crime militar".

No Conflito de jurisdição n. 1.129, a antiga Corte Suprema, a 23 de dezembro de 1936, partindo do princípio, firmado pelo Supremo Tribunal Militar, de que, falsificando a letra e a firma dos seus superiores, ou usando de meios semelhantes, para a obtenção de dinheiro ou de objetos, o militar não comete crime militar, frisou que a situação muda quando se trata de negócio para a retirada de gêneros ou dinheiro da cantina: "A cantina", disse o juiz, e a Corte Suprema reproduziu-o, "constitui serviço permanente dos corpos de tropa e estabelecimentos militares; arrenda-se o respectivo serviço mediante concorrência pública, por contrato que firma obrigações recíprocas entre a unidade (e conseqüentemente a Fazenda Pública) e o concessionário".[17]

Pontes de Miranda, diante das vacilações jurisprudenciais, ofereceu a seguinte solução: "Certo, se recorremos aos diferentes sistemas jurídicos contemporâneos, é possível fixar-se algo de comum às diferentes legislações, que nos daria o conceito comparatístico do crime militar. Mas tal roteiro seria de lege ferenda, e não de lege lata. Sem dúvida, é o legislador ordinário que tem de definir os crimes militares dos militares e das pessoas que lhes são assemelhadas, mas há dados que impõem a inclusão da figura, e a falta de dados, um pelo menos, há de pré-excluir a militarização do crime".[18]

---

[14] Cf. Castro Nunes, José, *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, Forense, 1943, p. 409.

[15] Cf. José Cretella Júnior, *Comentários à Constituição de 1988*, VI, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1992, p. 3257.

[16] Cf. ob. cit., t. IV, p. 239.

[17] Idem ibidem, p. 240 e 241.

[18] Idem ibidem, p. 241.

25. O Código Penal Militar (Decreto-lei 1.001, de 21.10.1969) é a lei ordinária que define os crimes militares em tempo de paz e em tempo de guerra, procurando dar-lhes uma conceituação genérica, antes de sua definição típica na sua parte especial. Não cabe aqui descer a pormenores. Apenas transcreveremos os dispositivos que contêm a definição genérica de crimes militares.

26. Consideram-se crimes militares, em tempo de paz, diz o art. 9º daquele Código:

"I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;
b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;
c) por militar em serviço, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;
d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;
e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;
f) por militar em situação de atividade ou assemelhado que, embora não estando em serviço, use armamento de propriedade militar ou qualquer material bélico, sob guarda, fiscalização ou administração militar, para a prática de ato ilegal;

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;
b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou de Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;
c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;
d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior".

Cabe observar que os crimes de civis, aí definidos, não podem mais ser levados a sujeitar-se à jurisdição militar, já que a Constituição vigente não previu a extensão dessa jurisdição a civis. Já os militares na inatividade (da reserva e reformados) se submetem à jurisdição militar, pois embora não estejam na mesma situação dos militares da ativa, a lei pode definir crimes seus, militares, nas circunstâncias nela previstas.[19]

27. Consideram-se crimes militares, em tempo de guerra, nos termos do art. 10 do Código:

"I - os especialmente previstos neste Código para o tempo de guerra;

II - os crimes militares previstos para o tempo de paz;

III - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum ou especial, quando praticados, qualquer que seja o agente:

[19] Idem ibidem, pl. 231.

a) em território nacional ou estrangeiro, militarmente ocupado;
b) em qualquer lugar, se comprometem ou podem comprometer a preparação, a eficiência ou as operações militares ou, de qualquer outra forma, atentam contra a segurança externa do País ou podem expô-la a perigo;

IV - os crimes definidos na lei penal comum ou especial, embora não previstos neste Código, quando praticados em zona de efetivas operações militares ou em território estrangeiro, militarmente ocupado".

28. Finalmente, é considerado militar, para efeito de aplicação do Código Penal Militar, qualquer pessoa que, em tempo de paz ou de guerra, seja incorporada às Forças Armadas, para nelas servir em posto, graduação ou sujeição à disciplina militar, e assemelhado que estiver submetido à disciplina militar, sem que militar seja. Os militares estrangeiros, quando em comissão ou estágio nas Forças Armadas, ficam sujeitos à lei penal militar brasileira, ressalvado o disposto em tratados ou convenções internacionais. O militar da reserva ou reformado, empregado na administração militar, equipara-se ao militar em situação de atividade, para os efeitos da aplicação da lei penal militar, e conserva, fora disso, as responsabilidades e prerrogativas do posto ou graduação, para o efeito de aplicação da lei penal militar, quando pratica ou contra ele é praticado crime militar.

29. O certo é que a definição de crime militar continua a dividir o Supremo Tribunal Federal, como mostra julgamento, em que o Ministro Sepúlveda Pertence dava um tratamento restritivo à matéria, por entender que a lei militar (o Código Penal Militar) avançou além das balizas constitucionais, enquanto o Ministro Paulo Brossard ainda se apegava ao critério legal, segundo o qual crime militar é aquele que a lei define como tal.[20] Fazem-se várias distinções, tais como crime propriamente ou essencialmente militares, que são funcionais porque a qualidade de militar é essencial à sua caracterização, e crimes impropriamente militares, que são crimes comuns militarmente qualificados, crimes comuns cuja definição "é modificada pelo Código Penal Militar, passando a ser havido como crime militar, independentemente da qualidade do agente e da ação ou omissão penal, isto é, seja militar ou não o sujeito do delito".[21] Essas distinções têm utilidade, mas não têm ajudado muito na definição do que seja crime militar. As definições que o Código Penal Militar atual oferece devem ser tidas em confronto com o sistema constitucional vigente, não apenas com a expressão do art. 124 da Carta Magna, ao falar em crimes militares definidos em lei, que isoladamente pode, sim, dar a idéia de adoção do mero critério legal, quando o princípio deve ser o de que o primado é o da justiça comum. Tendo em visto isso é que comungamos com o pensamento de Cretella Júnior, quando, após lembrar vários critérios que podem ser levados em conta (o do autor e vítima, o da natureza do crime, o do motivo do crime, o legal, o da conjugação da autoria e da natureza do delito), conclui, em primeiro lugar, que "crime não militar é toda infração penal que, cometida embora por militar, em tempo de paz, contra militar, constitui crime doloso contra a vida, motivado por questões pessoais ou de família, estranhas, pois, à vida castrense, bem como todo outro tipo de infração comum - roubo, furto, receptação, falsificação, desvinculada da vida dos quartéis.

"Crime militar, é toda infração penal, cometida por militar ou assemelhado, contra militar, em tempo de paz, desde que capitulada no Código Penal Militar e não constitua crime doloso contra a vida, motivado por questões pessoais ou de família. Desse modo, se militar mata militar, em tempo de paz, por motivo militar, ligado ao quartel ou à disciplina militar, o crime doloso contra a vida é julgado pela Justiça castrense especializada, assim como é da competência castrense

[20] Recurso Extraordinário 122.706-1, referido por Cretella Júnior, ob. cit., p. 3258 e ss.

[21] Cf. Badaró, Ramagem, ob. cit., p. 52.

qualquer outra infração penal – roubo, furto, receptação, falsificação -, desde que cometida por militar e diga à vida ou disciplina do quartel".[22]

Em síntese, podemos dizer que crime militar, sujeito à jurisdição militar, é toda infração penal, cometida por militar ou assemelhado, contra as instituições militares (que faltou na concepção de Cretella Júnior) ou contra militar, em tempo de paz, não motivada por questões pessoais, negociais ou familiares, estranhos à vida e à disciplina castrense.

VII - Jurisdição militar estadual

30. A Constituição, no art. 125, faculta à lei estadual criar, por proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos Conselhos de Justiça e, em segundo, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo da polícia militar seja superior a vinte mil integrantes. Só o Estado de São Paulo e o Estado do Rio Grande do Sul possuem um Tribunal de Justiça Militar de segundo grau.

31. À Justiça Militar estadual compete processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao tribunal competente (ou seja, ao Tribunal Militar de segundo grau, ou, não havendo, o Tribunal de Justiça) decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. Não há generais nas polícias militares. As patentes só vão até o posto de Coronel.

32. Sempre foi muito questionada a competência da Justiça Militar para processar e julgar os militares da polícia militar, quando cometessem crimes contra civis, no exercício da função policial. O espírito de corpo contribuía para que tais julgamentos fossem excessivamente benevolentes. A questão estava em saber se tais crimes se enquadravam no conceito de crime militar, pois só esses podiam ser objeto de conhecimento e julgamento daquela jurisdição especial. A amplitude com que se vinha concebendo os crimes militares desses policiais é que provocava sério questionamento. Não raro, eles matavam civis sem motivação e assim mesmo eram processados e julgados pela jurisdição especial.

O Supremo Tribunal Federal dava arrimo a esse procedimento quando decidiu que policiais militares que, cumprindo jornada de trabalho em viatura militar, interviessem em incidente de rua e, ao fazê-lo, cometessem crime, deveriam ser julgados pela Justiça Militar.[23] Para modificar isso, EC-45/2004 deu nova redação ao § 4º do art. 125, para incluir uma cláusula pela qual se excluía da jurisdição militar estadual a competência do Tribunal do Júri (tribunal da justiça comum), quando a vítima for civil. Mas aqui se excluíram da jurisdição militar só os crimes dolosos contra a vida de civis, que são de competência do Tribunal do Júri. Fora isso, aquela emenda acrescentou um dúbio §5º àquele artigo, para declarar que compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares. Sobre esse dispositivo escrevi o seguinte:

"Não se pode deixar passar sem uma observação crítica o surgimento desses chamados *juízes de direito do juízo militar*, que constituem um retrocesso em oposição às disposições da Lei 299;1996, que, modificando o Código Penal Militar, submeteu os crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, à competência da Justiça Comum. Ora, esses juízes do juízo militar, conquanto sejam civis, ficam vinculados a uma estrutura de caráter militar, quando o

[22] Cf; ob. cit., p. 3264.

[23] Cf. RDA, 152/85.

que se postulou sempre foi que os crimes contra a vida praticados por militar sejam de competência da Justiça Criminal Comum".[24]

33. O princípio que orienta essa matéria é o de que não há jurisdição especial para os militares ou assemelhados, mas jurisdição especial para julgar os crimes militares, o que é diferente; por isso é que, ao cometerem crimes comuns, hão de ser submetidos a processo e julgamento perante a justiça comum na forma do Código de Processo Penal comum, pois que não é apenas a qualidade militar do sujeito do delito que caracteriza o crime militar.[25]

Demais, diante da Constituição vigente, é preciso reconhecer sem vacilações que o civil não pode ser submetido à jurisdição militar, salvo, é claro, se ele estiver na condição de assemelhado, valendo hoje o que Cárpenter escreveu em face da Constituição de 1891: "em tempo de paz o civil, mesmo quando venha a cometer algum delito militar, não pode ser trazido diante dos tribunais da classe armada. Nos termos claros da Constituição da República (art. 77), manifesta é a incompetência do tribunal militar para julgar o paisano. São evidentemente inconstitucionais os artigos do Código Penal do Exército e Armada que sujeitam o paisano estranho ao serviço das forças armadas ao tribunal militar".[26] É certo que o citado art. 77 da Constituição de 1891 era explícito, ao declarar que os militares de terra e mar terão foro especial nos delitos militares. O art. 124 da Constituição vigente não se exprime assim. Diz apenas que à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei o que poderia supor a possibilidade de a lei definir, como tal, algum delito praticado por civil. Mas se é certo que não há foro especial para os militares e assemelhados, certo é, contudo, que ele é estabelecido em função deles e da disciplina a que estão sujeitos, de sorte que sua extensão aos civis precisava estar expressamente prevista na Constituição, como foi de regra no sistema brasileiro. Em não havendo essa extensão expressa, a lei, ao definir o crime militar, não o pode legitimamente fazê-lo, salvo para o tempo de guerra.

VIII - Conclusão

Alguns aspectos da legislação penal e processual militar ainda se ressentem dos defeitos de sua origem, o regime militar, que não se compadecem com um regime democrático. A Constituição atual teve certa prevenção contra esse passado obscuro, por isso tentou limitar a jurisdição militar, de sorte que muitas das previsões do Código Penal Militar e do Código Processual Militar e mesmo da Lei de Organização Judiciária Militar não se harmonizam com o texto da Constituição. Os Tribunais, contudo, ainda não foram chamados a apreciar devidamente a conformidade constitucional desses textos infraconstitucionais, a não ser aquele único julgamento do Supremo Tribunal Federal em que a questão continuou controvertida, ainda que com tendência a dar-lhe um tratamento mais restritivo em face da Constituição vigente.

---

[24] Cf. Silva, José Afonso da, *Comentário Contextual à Constituição,* 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 591.

[25] Cf. Badaró, Ramagem, ob. cit., p. 53.

[26] Cf. Cárpenter, Luiz Frederico Sáuerbronn, *Direito Penal Militar B rasileiro e o Direito Penal Militar de outros Povos Cultos* (Tese), Rio de Janeiro, Edição do Autor, 1914, p. 108.

La unidad de jurisdicción en el Perú (a propósito de la Justicia Militar)

José F. Palomino Manchego*

Sumario: *I. Introducción.II. Sistemas o Modelos de Organización de la Justicia Militar. III. La Ampliación de Competencia del Fuero Militar: de la Constitución de 1979 a la Constitución de 1993. IV. Los Perfiles de la Jurisdicción Militar en la Constitución de 1993.. V. Conclusiones Provisionales.*

I. INTRODUCCIÓN

El tema de la Justicia Militar, no quepa duda, constituye uno de los aspectos más delicados una vez que es encuadrado y contraído constitucionalmente. La Justicia Militar, Jurisdicción Castrense o Jurisdicción Militar constituyó en la década de los años setenta el faro de atención en países tales como Argentina, Brasil, Chile y Uruguay, y más de pronto Perú, debido básicamente a la presencia de los regímenes militares, no empece que en otros Estados, tal como es el caso de Costa Rica y Panamá, la Justicia Militar no existe.

Sin ninguna intención de estudiar el fondo jurídico-constitucional del asunto, la presente ponencia se enmarca en la realidad peruana, sin dejar de mencionar la experiencia que ofrece el mercado comparado. En ella se deja ver a todas luces cómo la Justicia Militar pronuncia decisiones jacobinas que colisionan los principios rectores, denominados "Principios y derechos de la función jurisdiccional", galvanizados en el artículo 139 de la Constitución de 1993, al igual que en la parte dogmática del mismo Código Constitucional.

A la vez, hay que decir que el *status quaestionis* de la problemática reposa en la independencia de la judicatura. En esa línea teórica, la independencia no es un privilegio personal, ni mucho menos es una especie de emancipación institucional, antes bien, significa impartir jurisdicción. De igual forma, valga la obviedad, se complementa con el principio de la unidad de jurisdicción, que constituye uno de los logros señeros del constitucionalismo moderno. Por mera referencia citaremos la Constitución de Venezuela de 1999, cuyo artículo 261 enuncia:

> "La jurisdicción penal militar es parte integrante del Poder Judicial, y sus jueces serán seleccionados por concurso. Su ámbito de competencia, organización y modalidades de funcionamiento, se regirán por el sistema acusatorio de acuerdo a lo previsto en el Código Orgánico de Justicia Militar. La comisión de delitos comunes, violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, serán juzgados por los tribunales ordinarios. La competencia de los tribunales militares se limita a delitos de naturaleza militar".

II. SISTEMAS O MODELOS DE ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA MILITAR

Teniendo en cuenta que toda clasificación es convencional, abordaremos dos clasificaciones que nos ofrecen José Luis Rodríguez Villasante y Prieto y Francisco Fernández Segado, ambos especialistas en la materia.

En lo que respecta a Rodríguez Villasante y Prieto, la organización de la Justicia Militar se clasifica de la siguiente manera:

a) Sistema anglosajón (Reino Unido de la Gran Bretaña, Irlanda del Norte, Estados Unidos de Norteamérica, Canadá, y entre otros con mayores y menores peculiaridades, Israel, Australia, Filipinas, Nueva Zelanda, etc.)

(*) Profesor de Derecho Constitucional y Teoría del Derecho en las Universidades Nacional Mayor de San Marcos y de Lima (Perú). Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana). Asociado Fundador de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

b) Sistema latino o romanista (Italia, Bélgica, Portugal, Suiza, Países Bajos, Grecia, y otros más, tales como Luxemburgo, Túnez, Marruecos, etc.)
c) Sistema de los países comunistas (URSS, Rumania, Yugoslavia).
d) Sistema de Jurisdicción Militar excepcional (Francia, Alemania, Austria, Suecia).
e) Sistema de los países iberoamericanos (Argentina, Chile, Colombia, Venezuela, Brasil, México, etc.) (Cfr. "Estudios de Derecho Comparado sobre la organización de la Jurisdicción Militar en diversas países", en Revista Española de Derecho Militar, No 53, enero-junio, Madrid, 1989, pp. 57-74).

Por su parte, Francisco Fernández Segado realiza una clasificación práctica:

a) Modelo sajón.
b) Modelo europeo continental.
c) Modelo de situaciones excepcionales. (Cfr. "La Justicia Militar en el Derecho Comparado", en Revista General de Derecho, Nºs 568-569, enero-febrero, Valencia (España), 1992, pp. 335 ss.)

Más de pronto, Domingo García Belaunde ha diseñando una clasificación en la cual se encuentra un modelo latinoamericano de Jurisdicción Militar, que, en el fondo, no es original, sino derivado del modelo europeo, pero deformado a consecuencia de una dura experiencia histórico-política, haciendo notar dicho autor que en el futuro el modelo latinoamericano tenderá a incorporarse al modelo europeo-continental, que es al que más se acerca por la comunidad de intereses y la común herencia romanista. Por lo demás, el modelo latinoamericano al tener subtipos, no permite hablar de "unidad de jurisdicción". (Cfr. "La Jurisdicción Militar en América Latina. La unidad de jurisdicción en algunos países del área", en Revista Jurídica del Perú, Año XLVII, Nº 13, octubre-diciembre, Trujillo, 1997, pp. 121-128).

De todos los modelos señalados, más allá de los convencionalismos, creemos que sólo el modelo sajón y el modelo de Justicia Militar europeo-continental siguen, a la fecha, vigentes. Los demás se constituirían en derivados.

III. LA AMPLIACIÓN DE LA C0MPETENCIA DEL FUERO MILITAR: DE LA CONSTITUCIÓN DE 1979 A LA CONSTITUCIÓN DE 1993

Huelga decir que, cuando se elaboró la Constitución de 1979 la mayoría de constituyentes acordaron que el Fuero Militar debía ser competente para juzgar a militares y efectivos policiales, y que solamente se procesaría a civiles cuando existía acusación o traición a la patria en caso de guerra exterior (artículo 235) y cuando se infringía la obligación de prestar el Servicio Militar obligatorio (artículo 282), hoy en día derogado.

El peso de esta norma que así quedó redactada fue objeto de consenso en los constituyentes de 1978-1979. En efecto, la experiencia del docenio militar había tenido un saldo negativo. Es decir, cientos de civiles habían sido juzgados por el fuero privativo militar con gruesas violaciones al debido proceso y con evidentes arbitrariedades, todos por delitos vinculados a la seguridad del Estado y a diversas modalidades que la política criminal del régimen castrense imponía.

Cuando se inicia el Gobierno de Fernando Belaunde Terry en 1980, y entra también en vigor la Constitución de 1979, es probable que el gobierno militar dejó desactivado toda información existente en el Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), institución adscrita al Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas.

Los nuevos funcionarios civiles y militares debían empezar a reconstruir todo de nuevo, por lo menos en materia de seguridad del Estado. En ese contexto, y con una inédita manifestación de violencia política que haya tenido el Perú, sin parangón en el mundo, surgió el terrorismo como instrumento metodológico en los grupos armados de Sendero Luminoso (SL) y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA).

El accionar de estos grupos encontró prácticamente desactivado el aparato de inteligencia estatal. A ello debe sumarse una judicatura sin experiencia para poder afrontar su responsabilidad institucional. En esa realidad es que el Poder Judicial empezó a ser califícalo por diversos sectores como un organismo lento, inseguro e incompetente para procesar y sancionar a los subversivos. Años después, el régimen dictatorial que se inicia el 5 de abril de 1992, liderado por Alberto Fujimori, habría de justificar el autogolpe, entre otros motivos, por la conducta de la magistratura ordinaria que resultaba incapaz de sancionar con el peso de la ley a los cientos de subversivos.

IV. LOS PERFILES DE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

Tres son los temas imbricados de la Justicia Militar a nivel de bloque de la constitucionalidad en el Perú. El primero, está relacionado con la Jurisdicción Militar *strictu sensu* y la ampliación que de él se acuerda para sancionar a los civiles, regulado en el artículo 173. El segundo, es el tema de la pena de muerte para quienes cometan determinados delitos clasificados y normados en el artículo 140. Y finalmente, el tema de la casación, del que es competente el Poder Judicial para revisar los fallos provenientes del Consejo Supremo de Justicia Militar, y que como se podrá apreciar luego, ha sido mutilado en su potestad revisora (artículo 141). Evidentemente, existen otros aspectos colaterales que rodean la problemática de la Jurisdicción Militar, como son los derechos del procesado y los principios básicos de la función jurisdiccional.

Un breve seguimiento del iter constituyente de lo normado actualmente en el numeral 173 de la Carta Fundamental de 1993, lleva a señalar que uno de los objetivos escasos que sí tuvieron en claro los miembros del Congreso Constituyente Democrático (CCD) fue precisamente, y desde un comienzo, ampliar la competencia para que los civiles sean juzgados por los tribunales militares. Al menos así se desprende de los tres anteproyectos publicados de manera oficial en el diario "El Peruano", entre los meses de mayo, junio y julio de 1993.

La primera versión establecía lo siguiente:

> "Art.- Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en los casos de delito de función están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar, cuyas disposiciones no son aplicadas a los civiles, salvo el caso de los delitos de traición a la patria, genocidio y de terrorismo determinados por la ley. Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están sometidos al Código de Justicia Militar".

A partir de allí, salvando algunas modificaciones gramaticales, se mantuvo en sustancia lo mismo, tanto en la segunda como en la tercera versión de los proyectos constitucionales. En rigor, al final fue suprimido el delito de genocidio y se afirmó la competencia de los jueces militares para juzgar a civiles por terrorismo y traición a la patria.

La norma actual ha quedado registrada en la Constitución de 1993 bajo la siguiente redacción:

> "Artículo 173.- En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el artículo 141 sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte.

Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están asimismo sometidos al Código de Justicia Militar".

En realidad, del iter de esta norma fundamental, queda en claro indudablemente que la voluntad política que primó en la mayoría de los que redactaron el texto constitucional de 1993, fue la de constitucionalizar lo que ya en la práctica se había inaugurado con el gobierno de Alberto Fujimori, más en concreto, luego del autogolpe de Estado. Es decir, a la Constitución de

1993 se llega con una agenda anunciada, y que en un primer momento se implementó, atribuyéndole al fuero militar competencia para juzgar a civiles subversivos.

En lo que respecta al tema de la pena de muerte, el excurso del debate en el seno del Congreso Constituyente fue ciertamente conflictivo. De allí que en el primer anteproyecto, quedó pendiente y sujeto a debate. Y en el segundo proyecto la mayoría oficialista registró la fórmula siguiente:

> "La pena de muerte sólo puede aplicarse por los delitos de traición a la patria y de terrorismo, conforme a las leyes internas y a los tratados de los que el Perú es parte".

Esta norma se mantendría en el tercer proyecto en forma íntegra. Al final, como se sabe, la Constitución apartándose del sistema abolicionista, lo ha incorporado con la redacción siguiente:

> "Artículo 140.- La pena de muerte sólo puede aplicarse por el delito de traición a la patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que Perú es parte obligada".

¿Qué se colige de esta norma? En realidad, aquí hay algunos aspectos que no están del todo claro en el marco de una futura interpretación del artículo 140 del texto constitucional. Veamos: la pena de muerte en la Constitución de 1979 sólo podía ser aplicada en el supuesto de confrontaciones bélicas con potencias extranjeras, pero no en los casos de insurrección interna o guerra civil. En tal sentido, la Constitución de 1979 fue clara y afirmó en su plenitud la tesis prohibicionista en torno a la pena capital, salvando, claro está, la existencia de una contienda internacional armada, en cuyo marco situacional debía ocurrir la comisión del delito de traición a la patria.

Sin embargo, la actual norma constitucional de 1993, en rigor, sí permite su eventual aplicación por su anfibológica redacción, es decir, haber utilizado la expresión "guerra" y sin precisar que sea civil (total o parcial), una "guerra convencional" o internacional, descartándose la guerra "psicológica". Al estar así prefigurada su regulación constitucional, no se descarta la hipótesis de que, frente a eventuales y nuevas insurrecciones armadas de grupos terroristas o guerrilleros (comandos o guerrillas urbanas), el gobierno declare mediante decreto supremo, la existencia de una guerra. Y así, bajo el presupuesto de este marco jurídico, y con una aplicación del régimen de excepción que prevé el estado de sitio ("en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan...", artículo 137, inciso 2°), se viabilice mediante legislación ordinaria, la tipificación de la pena de muerte en los delitos de terrorismo y traición a la patria. Lo más correcto sería que se siga la tónica de los convenios internacionales, en la inteligencia que para la aplicación de la pena de muerte se reconozca la previa declaración formal de guerra y una situación fáctica de lucha armada.

Lo que sí está bien claro, y ello se desprende del texto constitucional, es que, independientemente de que el concepto de guerra sea de difícil determinación jurídica, lo cierto es que la actual norma prevista en el numeral 140 de la Carta Política, difiere totalmente de la anterior Constitución de 1979. Y no sólo ello, sino que, lo más importante, la pena de muerte podría imponerse sin que en los hechos exista una real confrontación interna. Pero puede ocurrir que formal o jurídicamente se declare la existencia de una situación ficticia de "guerra" para que, a la postre, culmine siendo ejecutadas las posibles personas involucradas en esta situación.

Si tomamos como referencia el caso cercano de España, la Constitución prevé en el artículo 15, en su parte pertinente que:

> "Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra".

La regulación legal ordinaria de esta norma constitucional prevista en el articulo 25 del Código Penal Militar señala:

> "La pena de muerte en tiempo de guerra, sólo se podrá imponer en casos de extrema gravedad debidamente motivados en sentencia y en los supuestos que la guerra haya sido

declarada formalmente o exista ruptura generalizada de las hostilidades con potencias extranjeras".

En consecuencia, con dicha norma, el Tribunal Constitucional español ha señalado que la pena de muerte, sólo debe imponerse cuando existan reales confrontaciones bélicas y no cuanto exista una mera declaratoria de guerra. Esta situación es distinta en el Perú, no sólo porque no hay legislación ordinaria que precise los alcances del artículo 140 de la Constitución, sino porque la forma cómo ha sido concebida, dependerá en el futuro de la política criminal de cada gobierno.

En lo que atañe a la potestad de casación del Poder Judicial, en la primera versión del anteproyecto quedó pendiente y sujeto el debate. En el segundo proyecto, por razones que se desconocen, simplemente fue omitido; y en la tercera versión se estableció lo siguiente:

> "Art. 160.- Corresponde a la Corte Suprema fallar en casación o en última instancia cuando conforme a ley la acción se hubiera iniciado ante una Corte Superior, y dirimir contiendas de competencia, en las materias que la ley señala".

Finalmente y en forma sorpresiva, en la Constitución de 1993 se aprobó una fórmula totalmente peligrosa y cuestionable:

> "Art. 141.- Corresponde a la Corte Suprema fallar en casación, o en última instancia cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a ley. *Asimismo, conoce en casación las resoluciones del Fuero Militar, con las limitaciones que establece el artículo 173*".

Es decir, se prohíbe por expreso mandato constitucional que el Poder Judicial, como órgano jurisdiccional por excelencia para impartir la justicia en el Perú, no pueda revisar las resoluciones del Consejo Supremo de Justicia Militar. En efecto, así lo dispone el artículo 173:

> "La casación a que se refiere el artículo 141 sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte".

Lo que significa que cualquier pena privativa de libertad que impongan los jueces militares y que puede llegar hasta la imposición de la cadena perpetua, quedaría jurisdiccionalmente consentida en el Fuero Militar, sin posibilidad de que sea revisada por el Poder Judicial.

En consecuencia, la actual Constitución, más que una garantía refleja un serio peligro contra los civiles o paisanos en tanto en cuanto sean juzgados y sometidos a la Justicia Militar, con lo cual el tema se torna sumamente vidrioso.

En lo que concierne a la perspectiva de la presente ponencia, podemos considerar algunas notas características de la Justicia Militar que perfila el nuevo Código Político:

a) Se mantiene formalmente un reconocimiento excepcional a la Jurisdicción Militar (art. 139, inc.1). Esto significa que el fuero castrense no podrá integrarse al Poder Judicial, ni a título de excepción o emergencia. Este aspecto se ve reforzado con el principio de la prohibición de órganos jurisdiccionales de excepción o "comisiones especiales" (art. 139, inc. 3).
b) Se afirma como principio que los sujetos sometidos a la Jurisdicción Militar son los miembros de las Fuerzas Armadas y de Policía Nacional en los casos de cometer delitos de función (art. 173). Se deslinda así la jurisdicción civil u ordinaria de la Militar. Visto así las cosas, el Poder Judicial no podrá juzgar al personal profesional de las armas (militares y policías).
c) Los miembros de la Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional tienen su propio "fuero" (art. 173), pero se rigen por la Ley Orgánica y el Código de Justicia Militar.
d) Si bien es cierto que se afirma el principio de que los civiles no están sometidos a la Jurisdicción Militar, se admiten las siguientes excepciones: *i*) Cuando exista acusación de terrorismo; *ii*) Cuando exista acusación de traición a la patria; y *iii*) Cuando se infrinja la obligación de prestar el Servicio Militar Obligatorio.
e) Lo resuelto por el Fuero Militar no puede ser revisado (casado) por la judicatura ordinaria,

salvo cuando la máxima instancia de la milicia - el Consejo Supremo de Justicia Militar- imponga la pena de muerte.

De lo expuesto se colige que el diseño constitucional, instaurado a partir de 1993, constituye un sistema atípico dentro de los clásicos modelos o sistemas que ofrece el Derecho Comparado que se han mencionado líneas arriba.

V. CONCLUSIONES PROVISIONALES

Una recapitulación sistemática nos lleva a unas conclusiones con significado de interés general:

1. La Justicia Militar en Perú somete inconstitucionalmente los delitos comunes -como el asesinato- cometidos por los miembros de la milicia a su jurisdicción, así mismo procesa inconstitucionalmente a ciudadanos -militares en retiro- que ejercitan sus derechos constitucionales a la libertad de expresión. De otro lado, el verde oliva de los uniformes representado en la Justicia Marcial, procesa y condena a los militares que realizaron actos preparatorios para ejercer el derecho a la insurgencia contra un gobierno usurpador. Y finalmente enjuicia y condena a un profesional civil -sometiéndolo un año y medio en prisión- por supuesto delito de terrorismo, demostrándose luego su inocencia absoluta. Para evitar estas tropelías, la Jurisdicción Militar debe estar incardinada al Poder Judicial, sobre la base de los siguientes principios constitucionales: independencia, inamovilidad, imparcialidad y unidad de jurisdicción. Por estas razones generales, la Justicia Militar debe ser visto como un orden especializado de la Jurisdicción Ordinaria.
2. El ámbito de la Jurisdicción Militar, en estricto, no debe ser lo militar, sino lo castrense; es decir que se debe hacer una estricta referencia al cuartel, campamento militar o a las relaciones de trabajo militares; de modo que las vinculaciones extrañas a ellas no deben estar sometidas a la Justicia Militar, salvo que cometan los delitos de traición a la patria y de terrorismo, de conformidad con el artículo 173 de la Constitución. En tal sentido, las disposiciones legales con que se atribuyen asuntos o materias a la jurisdicción castrense deben ser interpretados restrictivamente.
3. Apoyados en Héctor Fix-Zamudio diremos que: "La misma intranquilidad político social... ha provocado la intervención de la Justicia Militar en las situaciones de emergencia, afectando de manera evidente el derecho fundamental al juez natural, pues sin existir propiamente un estado de guerra, se somete a los civiles a los propios tribunales castrenses, cuando han incurrido en ciertos delitos de tipo político, especialmente los de rebelión o de trastornos al orden público, y en esta dirección advenimos nuevamente el ejemplo doloroso de Latinoamérica, aun cuando no sea el único".
4. Finalmente, los derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso son violados en los procesos judiciales militares, de la siguiente manera: derecho a ser informado de la acusación, derecho a la presunción de inocencia, derecho de defensa, derecho al juez natural, derecho a un proceso público, derecho a la libertad probatoria, derecho a no declarar contra sí mismo, derecho a la certeza judicial, derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito, y finalmente derecho a la igualdad de las partes en un proceso. Por de pronto, auguramos un cambio para los efectos que los paisanos no sean juzgados en el Fuero Militar, el mismo que está compuesto, básicamente, por profesionales de las armas. Hay fuerzas y voluntad para acometer tal empresa. De esta forma, la Jurisdicción Militar no se encontrará en situaciones embarazosas, ni mucho menos afrontará ataques incendiarios. (Para mayor detalle, Cfr. Germán J. Bidart Campos y José F. Palomino Manchego (Coordinadores) Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica (Libro Homenaje a Domingo García Belaunde), Editorial Grijley, Lima, 1997).

A Cadeia de Comando e como ela interage com a Justiça Militar do Brasil

Marcos Augusto Leal de Azevedo*

Introdução

Nos dias 27, 28 e 29 de novembro de 2007, teve lugar em Brasília o "Encontro de especialistas em direitos humanos e a administração da justiça por tribunais militares". Organizado pelo Alto Comissariado para Direitos Humanos das Nações Unidas e pelo Superior Tribunal Militar do Brasil (STM), esse evento contou com o apoio das seguintes instituições: Comissão Internacional de Juristas, Ministério das Relações Exteriores do Brasil, Ministério Público Militar do Brasil e Fundação Brasileira para o Direito Militar e Humanitário.

Inserido no Tópico 1 da agenda do conclave - Independência, competência e imparcialidade da justiça militar --, o tema em epígrafe me foi oferecido pelo Ministro Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, do STM.

Este texto teve como base a apresentação que fiz, direcionada, especialmente, aos participantes estrangeiros. Assim, ele cuidou de expor considerações fundamentais sobre a justiça militar brasileira e alguns detalhes possivelmente desconhecidos daqueles ilustres visitantes.

Dois pontos, contudo, parecem-me os mais relevantes. De início, ressaltarei apenas um, deixando o segundo para a fase conclusiva deste despretensioso artigo.

A origem da Justiça Militar no Brasil

Não vou estender-me sobre o histórico da nossa justiça militar. Alinharei, somente, os marcos definidores de sua destinação.

No último mês de abril, a Justiça Militar da União (JMU) completou o segundo centenário. Em 1807, quando as tropas de Napoleão já estavam nas cercanias de Lisboa, D. João - ainda como príncipe regente - tomou a decisão, que vinha sendo amadurecida faz tempo, de transferir toda a corte portuguesa para o Brasil, mais exatamente para o Rio de Janeiro, então capital da colônia lusitana. A esquadra portuguesa era composta de dezenove embarcações e alguns historiadores estimam a comitiva em cerca de quinze mil pessoas, aí incluída, entre outras instituições, a Brigada Real da Marinha (embrião do Corpo de Fuzileiros Navais).

No bojo daquelas frágeis embarcações a vela, vieram, também, livros, riquezas da coroa, intelectuais, conhecimento científico e, sobretudo, decisões a serem tomadas e planos a serem executados.

No início do século XIX, o Brasil era povoado praticamente por indígenas e negros. Inexistia qualquer avanço tecnológico. Não havia ensino superior, imprensa, indústria, serviços públicos. Em menos de dois meses após a chegada da família real, Dom João abriu os portos brasileiros às nações amigas, estimulou o surgimento de fábricas de tecidos, roupas, sapatos, o beneficiamento de arroz e até, mesmo, a manufatura de ouro e prata. Foram criados o Jardim Botânico, faculdades de medicina e engenharia, o Banco do Brasil, a Biblioteca Real, a Imprensa Régia, o Real Teatro (o atual João Caetano) e... a Justiça Militar! Naquele tempo, chamava-se

* Almirante de Esquadra. Ministro do Superior Tribunal Militar

Conselho Superior Militar e de Justiça (hoje o Superior Tribunal Militar) e era presidido pelo próprio príncipe regente. Os imperadores Pedro I e Pedro II, filho e neto de D. João VI, também o presidiram , assim como os marechais Deodoro e Floriano Peixoto, nos primeiros anos da república. Com essa observação, ressalto a importância desse órgão para Portugal e para nosso país.

Tendo sido tal conselho criado em abril de 1808, é, assim, o STM a mais antiga corte de justiça do Brasil.

Na constituição de 1891 - que sobreveio a proclamação da República em 1889 -, apenas a justiça militar fora incluída como justiça especializada e nessa situação permaneceu nas quatro cartas magnas seguintes. Mais tarde, inseriram-se duas outras justiças especializadas: a do trabalho e a eleitoral.

Desde a constituição de 1934, a justiça militar passou a fazer parte do Poder Judiciário, situação que permaneceu absolutamente inalterada nas quatro constituições seguintes, ou seja, até a atual, promulgada em 1988, que elenca, em seu art. 92, os órgãos componentes do Poder Judiciário, entre eles os tribunais militares.

A Justiça Militar da União cuida dos crimes militares. A conceituação de crime militar é objeto de alentados artigos jurídicos cuja discussão foge ao escopo desse modesto trabalho. A Constituição estabelece caber à Justiça Militar julgar os crimes militares definidos em lei. E a lei que os define é o Código Penal Militar, promulgado em 1969, que em seus artigos 9º e 10º estabelece os crimes militares em tempo de paz e em tempo de guerra, respectivamente. Assim, o STM não é um tribunal para julgar militares mas, sim, para julgar crimes militares cometidos por qualquer cidadão. A meu ver, trata-se de um dos pontos principais aos quais me referi no início dessa apresentação, pois aí residem o fundamento, a essência, a característica e a tradição da justiça militar, qual seja ocupar-se exclusivamente de crimes militares.

Existe um duplo sistema de organização da justiça militar: um para tempo de paz e outro para tempo de guerra. Por esse motivo, o Código Penal Militar faz distinção ao enumerar os crimes militares em tempo de paz ou de conflito bélico.

A Justiça Militar em tempo de paz

A Constituição assegura a todos o duplo grau de jurisdição.

No que concerne à justiça militar, em primeira instância, os feitos são julgados por conselhos de justiça, constituídos por um juiz-auditor, civil, e por quatro oficiais em serviço ativo, atuando como juízes militares.

Cada Força Armada é representada nesses conselhos. Periodicamente, a Marinha, o Exército e a Aeronáutica enviam às circunscrições judiciárias militares relações de oficiais em condições de serem sorteados juízes militares. São excluídos dessas listas aqueles que, por exemplo, estiverem matriculados em centros e cursos de formação, embarcados ou que exerçam determinados cargos em alguns órgãos de comando de suas forças.

Há duas espécies de conselhos de justiça em tempo de paz: o especial e o permanente. Ao primeiro, cabe julgar oficiais, exceto os oficiais-generais. Ao segundo, cabe julgar as praças e os civis.

O Conselho Especial é constituído para cada processo e dissolvido após a conclusão de suas tarefas, podendo, contudo, voltar a reunir-se em caso de nulidades ou diligência determinada pela instância superior.

O Conselho Permanente funciona durante três meses consecutivos, podendo este prazo vir a ser prorrogado em certos casos previstos em lei.

Os conselhos operam nas dezoito auditorias militares, vinculadas a doze circunscrições judiciárias distribuídas no território nacional, de acordo com a maior ou menor concentração de integrantes das Forças Armadas, pois sobre eles recaem quase todas as autorias de crimes militares.

De forma semelhante à comum, a justiça militar possui, também, um órgão de fiscalização e orientação judiciário-administrativa: é a Auditoria de Correição. Exercida por um juiz-auditor corregedor, tem jurisdição em todo o território nacional. Cabe a seu titular, entre outras tarefas, proceder às correições gerais e especiais bem como comunicar ao presidente do STM fato que exija pronta solução, verificado durante a correição. Cabe-lhe ainda providenciar a uniformização de livros e registros das auditorias.

A Justiça Militar em tempo de guerra

Em tempo de guerra, compõem a justiça militar, junto às forças em operações, os Conselhos Superiores de Justiça Militar, os Conselhos de Justiça Militar e os Juízes-Auditores (art. 89 da Lei nº 8.457/92). Estes órgãos processam e julgam os crimes praticados em teatros de operações ou em território estrangeiro militarmente ocupado por forças brasileiras, salvo o que dispuserem os tratados e as convenções internacionais dos quais o País é signatário..

O Conselho Superior de Justiça é órgão de segunda instância, composto de dois oficiais-generais, em serviço ativo ou da reserva convocados, e um juiz-auditor, todos nomeados pelo presidente da República. A presidência é exercida pelo juiz militar mais antigo. Compete a este conselho, em síntese, processar e julgar oficiais-generais e as apelações advindas dos Conselhos de Justiça.

Junto a este Conselho, funcionam um Procurador e um Defensor Público, também nomeados pelo presidente da República, dentre os membros do Ministério Público Militar e da Defensoria Pública da União, respectivamente.

O Conselho de Justiça é composto de um juiz-auditor ou juiz-auditor substituto e dois oficiais mais antigos que o acusado. Similarmente aos conselhos especiais (em tempo de paz), o Conselho de Justiça é constituído para cada processo e dissolvido após o julgamento. Cabe-lhe o julgamento de oficiais, excetuados os oficiais-generais.

Ao Juiz-Auditor compete presidir a instrução criminal nos processos em que forem réus praças, civis ou oficiais até o posto de capitão-de-mar-e-guerra, inclusive; bem como julgar as praças e os civis.

Em linhas gerais, são essas as características da Justiça Militar em tempo de guerra.

O Superior Tribunal Militar

O STM processa e julga, originariamente, oficiais-generais envolvidos em crimes militares, declarações de indignidade ou incompatibilidade para com o oficialato, *habeas corpus* e mandados de segurança contra atos da justiça militar. E ainda julga, entre outros, embargos, apelações, recursos, agravos, incidentes processuais, pedidos de correição parcial encaminhados pelas auditorias, conselhos de justificação e conflitos de competência na primeira instância.

No Brasil, todos os julgamentos são públicos, aí incluídos, claro, os da Justiça Militar.

Respaldado pela Constituição, o STM, em tempo de paz, é a única corte com poder de determinar a perda de posto e patente de um oficial das Forças Armadas. Tal desfecho pode decorrer do julgamento de um Conselho de Justificação, originado na Força Armada à qual pertence o oficial, ou de uma Representação de Indignidade proposta pelo Ministério Público Militar, respeitada a legislação em vigor.

O Superior Tribunal Militar é composto de quinze ministros: cinco civis e dez militares.

Dentre os civis, um deve ser originário do Ministério Público Militar; um segundo tendo sido juiz-auditor; e os três que se seguem, dentre advogados de notório saber jurídico, conduta ilibada e com mais de dez anos de efetiva atividade profissional.

Os dez militares – obrigatoriamente – são oficiais-generais em serviço ativo e do posto mais elevado da carreira. A Marinha e a Aeronáutica concorrem com três; o Exército, com quatro. Os ministros militares permanecem no serviço ativo.

Para os quinze, a aposentadoria é compulsória aos setenta anos de idade.

É importante ressaltar a exigência do último posto da carreira para os ministros militares e a permanência deles no serviço ativo. Tais dispositivos lhes garantem que, em todos os julgamentos, serão mais antigos que todos os oficiais-generais, porventura indiciados em crimes militares. Dessa forma, anulam-se impasses quanto à hierarquia e à disciplina - pilares básicos das Forças Armadas.

Seja para ocupar cargo civil ou militar, o processo de ingresso no STM é complexo por envolver, harmonicamente, os três poderes constitucionais. O primeiro ato é a indicação do nome pelo presidente da República. Seguem-se uma argüição na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, do Senado Federal, e a submissão do nome ao plenário daquela casa. Ratificada a aprovação, o presidente da República o nomeia e o Poder Judiciário (no caso, o presidente do STM) dá posse ao futuro ministro.

Das decisões tomadas pelo Superior Tribunal Militar, apenas três tipos comportam recursos ao Supremo Tribunal Federal. Os recursos ordinários (contra decisões denegatórias em *habeas corpus* e mandados de segurança); os recursos extraordinários (se levantada inconstitucionalidade das decisões) e os agravos de instrumento (contra decisão do presidente do STM ao negar continuidade a recursos extraordinários).

A "Cadeia de Comando"

No início dessa apresentação, mencionei a existência de outro ponto relevante que deixaria para o final, o que faço agora.

O tema a mim proposto foi "A cadeia de comando e como ela interage com a justiça militar do Brasil".

Ora, o art. 2º da Constituição Federal dispõe: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

Já foi mencionado que, desde a constituição de 1934, a Justiça Militar, subordinada até então ao Poder Executivo, passou a fazer parte do Poder Judiciário.

Considero ser este ponto da maior importância pela total independência conferida à justiça militar em relação ao Poder Executivo. A interação com ele, mais especificamente com as Forças Armadas, resume-se na oferta dos oficiais para, uma vez sorteados, integrarem os conselhos de justiça e na indicação - e não nomeação - de oficiais-generais para constituírem a corte do STM.

Pessoalmente, sendo ministro do Superior Tribunal Militar há mais de cinco anos, garanto nunca haver percebido, pelo menos no que concerne à Marinha do Brasil, o mais tênue sinal de interferência em todos os julgamentos de que tive a honra de participar.

A história construída pelo STM não deixa dúvida sobre a independência e imparcialidade com que todos os feitos ali foram tratados. Juristas renomados e atuantes naquela corte, deixaram contundentes registros:

"O STM é a prova viva do espírito de conciliação e entendimento do Brasil. É uma casa imune à intolerância, ao ressentimento e ao revanchismo. Isso só exalta o espírito de justiça que norteia esta Corte. E resulta da

maturidade alcançada pelas gerações e gerações de brasileiros que aqui tiveram assento" (Ministro Aliomar Baleeiro - Presidente do Supremo Tribunal Federal de 1971 a 1973).

"...ninguém mais que os advogados poderiam nessa hora dirigir suas homenagens ao STM, exatamente na hora em que ele vem se juntar aos demais tribunais superiores da capital do país. São os advogados - prosseguiu - que conhecem mais intimamente o mecanismo de realização da justiça, podendo julgar com precisão sobre os méritos dos tribunais. O STM tem sido autêntica casa de justiça, testado nas causas mais delicadas, que são as que se referem a crimes contra o Estado, nos quais o acusado aparece comumente como inimigo a que facilmente se recusa o exercício dos direitos fundamentais da liberdade. O STM sempre cumpriu o seu dever de distribuir justiça com independência e serenidade, com observância dos princípios que governam o processo penal democrático, temperando a Lei de Segurança Nacional, que é excepcionalmente rigorosa, apontando incriminações vagas e superpostas com penas desproporcionadas à gravidade do malefício. Essa lei poderia transformar-se num instrumento de tirania se não fosse aplicada com inspiração fiel aos princípios da legalidade democrática" (Dr. Heleno Fragoso, penalista e professor representando a OAB, por ocasião da Sessão de Instalação do STM em Brasília - 1973).

Em outras palavras: não existe a "cadeia de comando" constante do tema desta apresentação, destruída que fora, faz mais de setenta anos, com a inserção constitucional da justiça militar brasileira no Poder Judiciário. Abro um parênteses para registrar que, a até alguns anos, o Brasil era o único, dos 192 países da Organização das Nações Unidas, a ter a justiça militar dentro do Poder Judiciário.Os demais funcionam de forma diversa, ou como Tribunal do Executivo ou como Cortes Marciais. Em face disso, creio haver "desapontado" vários participantes estrangeiros do conclave de Brasília por não terem, em seus países, a justiça militar com tal vínculo constitucional.

Há um excelente informe denominado "Direitos civis e políticos, em particular a independência do Poder Judiciário, a administração da justiça e a impunidade", apresentado à Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas pelo Relator Especial da Subcomissão de Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, Sr. Emmanuel Decaux, que, aliás, participou do encontro de Brasília. Tal documento lista vários princípios que devem nortear a justiça militar.

Com satisfação, transcrevo o Princípio n° 1:

"Os órgãos judiciários militares, quando existam, somente poderão ser estabelecidos pela Constituição ou pela lei, respeitando o princípio da separação dos poderes. Os tribunais militares deveriam formar parte integrante do sistema judiciário geral".

Sem qualquer sombra de dúvida, o Brasil, desde 1934, insere-se totalmente nessa salutar e fundamental recomendação.

Para terminar, desejo fazer apenas mais um comentário.

Tanto os conselhos de justiça em tempo de paz ou de guerra e até o próprio STM têm militares operando como juízes. É o que se denomina escabinato: uma corte mista, formada por juízes de Direito e juízes leigos. Bem sei não haver consenso universal sobre isso, uma vez que, de um modo geral, os militares não possuem formação universitária em ciências jurídicas. Não cabe no objetivo deste artigo abrir discussões sobre o tema que, de resto, ocuparia copiosas páginas tal a pletora de argumentos a respaldarem um e outro lado.

Entretanto, faz poucos meses, numa conferência proferida no STM, um dos mais eminentes ministros do Supremo Tribunal Federal enumerou, da seguinte forma, "*ipsis litteris*", os três requisitos fundamentais de um juiz:

- coragem moral;
- sensibilidade; e
- compromisso social.

E concluía o ministro: se ele souber Direito, ajuda...

Uma Justiça Especializada, muito especial

Renaldo Quintas Magioli*

Sumário: *1.Introdução; 2. Os militares; 3. A justiça castrense; 4. A estrutura da Justiça Militar; 5. O escabinato e os julgamentos; 6. Encerramento.*

1. Introdução

"O Direito não é uma teoria, mas uma força viva. Por isso a Justiça sustenta numa das mãos a balança em que pesa o Direito e na outra, a espada de que se serve para defendê-lo. A espada sem a balança é a força bruta; a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma não pode avançar sem a outra, nem haverá ordem jurídica perfeita sem que a energia com que a Justiça aplica a espada seja igual à habilidade com que maneja a balança".[1]

Existe uma frase muito popular que diz: "não se gosta de quem não se conhece". Adaptando-a para a área do presente artigo, em face da minha vivência ao longo desses quase cinqüenta anos de serviço, diria que "quando não se conhece, e, por conseguinte não se gosta, às vezes fala-se mal ou inventam-se histórias mirabolantes, normalmente depreciativas, sobre a instituição desconhecida".

Estou me referindo, primeiramente, às situações em que, ao longo dos anos, em reuniões sociais, quando não identificado como militar, ouvi comentários a respeito do tratamento desumano que "seria" dispensado aos jovens que prestam o serviço militar obrigatório; naquelas oportunidades, após ouvir afirmações de que os sargentos e os oficiais "batiam" nos soldados, e outras colocações do gênero, eu perguntava se aquele cidadão havia "servido ao Exército". Invariavelmente, a resposta era uma frase do tipo "não, mas tive um primo que serviu e..." ou então "não, mas conheço...". Após identificar-me como oficial do Exército eu lhe assegurava não serem verdadeiras aquelas afirmações e o convidava para visitar o "meu" quartel, ressaltando que seria uma boa oportunidade para, pessoalmente, ouvir dos soldados a respeito do tratamento que lhes estava sendo dispensado; não me recordo de um único convite aceito.

Do mesmo modo, tenho constatado desconhecimento, por parte de diversas pessoas, inclusive por parte de legisladores e operadores do direito, a respeito do Direito Penal Militar ou, mais precisamente, da Justiça Militar da União. Li, inclusive, que um dos atuais Ministros do Supremo Tribunal Federal teria afirmado em uma publicação no Jornal do Senado, poucos anos atrás, por motivos que desconheço, que o país deveria extinguir a Justiça Militar no âmbito do Estado.

Comentários dessa natureza, por falta de conhecimento de grande parte da sociedade, aí incluídos integrantes dos demais órgãos do Judiciário, não deveriam existir; pelo contrário, à medida que o tempo passa mais se cogita sobre a necessidade de se ampliar a competência da Justiça Militar, dadas as peculiaridades da vida castrense e devido à especificidade de seu próprio Direito. Sobre essa necessidade, o assunto será novamente abordado mais adiante.

Constata-se, também, que estudantes de Direito, advogados, juízes e outros profissionais da área jurídica pouco sabem a respeito das peculiaridades da vida militar, dos princípios da hierarquia e disciplina como vigas de sustentação das Forças Armadas, de seus valores e de tantas

---

* General-de-Exército. Ministro do Superior Tribunal Militar

1 IHERING, Rudolf Von. Trad: CRETELLA JÚNIOR, J. & CRETELLA, Agnes. **A Luta pelo Direito**, p. 43

outras particularidades que lhes são próprias; assim, desconhecem a sua ímpar legislação, composta de Leis, Decretos, Portarias, Diretrizes, Instruções Normativas, etc.

Sobre o Direito Militar, um campo específico do Direito Público, apesar de sua inquestionável antigüidade, é um dos mais desconhecidos, não somente na comunidade jurídica, mas também fora dela, pela ausência da obrigatoriedade da disciplina sobre o Direito Militar na graduação de Direito; hoje, talvez com algumas poucas exceções, é inexistente o ensino do Direito Militar nas Faculdades de Direito do país. Em razão do bem jurídico tutelado, ou seja, as instituições militares, no que tange à disciplina e à hierarquia, ao dever e ao serviço militar, o Direito Penal Militar é especial. Desconhece-se que o Direito Penal Militar não existe para proteger a pessoa do militar, constituindo-se em "um privilégio de classe", mas para proteger bens jurídicos que sustentam a integralidade das Forças Armadas, levando em conta os sujeitos do delito e sua condição de militar. Os que desconhecem a Justiça Militar da União, e conseqüentemente o seu funcionamento, associam essa justiça especializada a privilégios, corporativismo e autoritarismo; trata-se de uma associação totalmente equivocada, uma vez que ela não é foro para os delitos dos militares e sim para os delitos militares; confundem, simplesmente, lei especial (*ius singular*) com lei excepcional (*privilegium*), daí as reações à Justiça Militar da União. Corroborando com esse entendimento, Cesare Beccaria afirmou em sua obra, Dos delitos e das penas (BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Ed: Martins Fontes, São Paulo - 2005) que "é utilíssima a lei que faz cada homem ser julgado pelos seus pares, pois onde entra em jogo a liberdade e a sorte de um cidadão devem calar-se os sentimentos inspirados pela desigualdade".

Discordando dos que admitem a possibilidade da sua extinção, o insigne Ministro José Carlos Moreira Alves, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, quando das comemorações dos cento e noventa e um anos de criação da Justiça Militar no Brasil, em 1999, assim se pronunciou a respeito da matéria: "... sempre haverá uma Justiça Militar, pois o juiz singular, por mais competente que seja, não pode conhecer das idiossincrasias da carreira das armas, não estando, pois, em condições de ponderar a influência de determinados ilícitos na hierarquia e disciplina das Forças Armadas"(citação publicada no Boletim da Justiça Militar, nº 011, de 26 Jun 2007, pelo Ministro Gen Ex Antonio Apparicio Ignacio Domingues). Na mesma linha de pensamento, pronunciou-se o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, em 27 de maio de 1999, quando da assunção da Presidência do Supremo Tribunal Federal: "... falar, também, em extinção da Justiça Militar. Ela tem a sua razão de ser. As corporações militares assentam-se na hierarquia e na disciplina. Se claudicar a disciplina, aquelas corporações podem se transformar em bandos armados. A Justiça Militar deve julgar, com rapidez e com observância de peculiaridades inerentes à disciplina e hierarquia militares. É claro que o conceito de crime militar deve ser aperfeiçoado, em termos científicos. De outro lado, o número de juizes dos Tribunais Militares, inclusive o Superior Tribunal Militar, pode ser reduzido, tendo em vista o número de processos que são ali julgados"[2]

Para finalizar esses depoimentos contrários à idéia de extinção da Justiça Militar da União vale lembrar o Dr José Cretella Júnior, Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: "Decorre a Justiça Militar da própria natureza da vida, da disciplina, da atividade e da finalidade inerente à classe militar. *De iure condendo*, impossível suprimir o aparelhamento judiciário militar, peculiar às Forças Armadas. Possível, entretanto, é aumentar esse aparelhamento, estendê-lo, limitá-lo ou diminuí-lo. Os militares acusados de crime militar não seriam julgados com justiça e eqüidade se órgãos jurisdicionais comuns, integrados por civis, e, pois, estranhos às peculiaridades da vida militar, fossem encarregados de aplicar a legislação especial a que estão sujeitos".[3]

---

[2] Citação disponível no sítio http:www.prt21.mpt.gov.br/arting12.htm

[3] CRETELLA JÚNIOR, José. Comentário à Constituição Brasileira de 1988- nove volumes. Ed. Forense Universitária. 1991

2. Os militares

A Justiça Militar da União, uma justiça especializada, que recentemente completou duzentos anos, existe para julgar os delitos cometidos por integrantes de uma categoria especial de servidores da Pátria que constituem uma parcela considerável da sociedade, os membros das Forças Armadas, denominados militares, quer estejam na ativa ou na inatividade remunerada. Em alguns casos, em situações muito especiais previstas na lei, essa justiça julga também civis, conforme veremos mais adiante.

As Forças Armadas, essenciais à execução da política de defesa nacional, são constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e da lei e da ordem.

Conforme explicitado na Constituição Federal, as Forças Armadas são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade do Presidente da República, seu comandante supremo.

"A hierarquia e a disciplina são valores sagrados da cultura militar, significando premissas imutáveis em qualquer situação" (General-de-Exército Maynard Marques de Santa Rosa, na abertura do Estágio de Preparação para Comandantes, Chefes e Diretores de Organizações Militares / 2007).

Os conceitos de hierarquia e de disciplina, que constam no Estatuto dos Militares (Lei 6880, de 19 de dezembro de 1980), principal documento normativo dos preceitos castrenses, são os seguintes:

"Art 14 - A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.

§ 1° - A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos e graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antigüidade. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à seqüência de autoridade.

§ 2° - Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

§ 3° - A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados."

Conforme consta na publicação "A Profissão Militar", elaborada pelo então Estado-Maior das Forças Armadas, em 1995, quando Ministro o Exmo Sr General-de-Exército Benedito Onofre Bezerra Leonel, aos integrantes das Forças Armadas, além da sujeição a preceitos rígidos de disciplina e hierarquia, que condicionam toda a sua vida pessoal e profissional, são impostas outras exigências peculiares, próprias da natureza da atividade militar, não atribuídas a nenhum outro servidor:

- a disponibilidade permanente, mantendo-se disponível para o serviço ao longo das vinte e quatro horas do dia sem direito a reivindicar qualquer remuneração extra;
- a dedicação exclusiva, tendo em vista não poder, enquanto no serviço ativo, exercer qualquer outra atividade profissional;
- o vigor físico, necessário ao desempenho de suas atribuições;
- a formação específica e o aperfeiçoamento constante, indispensáveis ao exercício da profissão militar;
- a mobilidade geográfica, ou seja, a possibilidade de, a qualquer época do ano, ser movimentado (transferido) para outro lugar do território nacional, às vezes para locais inóspitos e destituídos de infra-estrutura de apoio à família;

- a proibição de sindicalizar-se e de participar de greves ou de manifestações de caráter reivindicatório ou político; esse impedimento advém da rígida hierarquia e disciplina, por ser inaceitável que o militar possa contrapor-se à instituição a que pertence, devendo-lhe fidelidade irrestrita;
- vínculo com a profissão, inclusive na inatividade, uma vez que mesmo na reserva remunerada, quando ainda não reformado, deve se manter pronto para eventuais convocações e retorno ao serviço ativo, independente de estar exercendo outra atividade, não podendo por tal motivo se eximir dessa convocação;
- risco de morte permanente, uma vez que o exercício da atividade militar, por sua natureza, exige o comprometimento da própria vida, seja nos treinamentos diários seja por ocasião do seu emprego em situações reais, na guerra ou na manutenção da lei e da ordem.

"O cidadão fardado é, antes de tudo, alguém partícipe de um somatório de diferenças, que dá dimensão e aglutina as partes ao todo social. É o militar um cidadão intimamente ligado à história da qual, ativamente, participa e se orgulha. Mercê da cultura, nossa Instituição é consciente da força de sua identidade e do que representam os valores herdados do passado: um conjunto complexo de códigos e padrões que atende a uma elevação moral, que torna necessárias, aceitas e praticadas a disciplina e a hierarquia, que alicerça a organização e, por fim, que nos orienta no cumprimento fiel dos dispositivos constitucionais e no sobrelevado amor à Pátria"[4]

Quando um militar, com as especificidades inerentes à profissão já ressaltadas, cujas atividades diuturnas são sempre orientadas pelos princípios também já citados, comete deslize relacionado à conduta ou ao cumprimento do dever – que repercute, negativamente, em toda a Instituição –, em tese, estará praticando um crime militar ou cometendo uma transgressão disciplinar. Se a conduta praticada estiver tipificada em lei como crime, não caracterizará transgressão disciplinar.

Transgressões disciplinares são as infrações de pequena monta praticadas por militares, cuja gravidade não chega a constituir crime, ou seja, são infrações previstas nos Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas, tratadas na esfera administrativa, cujo julgamento compete ao comandante do militar infrator. No Regulamento Disciplinar do Exército, aprovado pelo Decreto n° 4.346, de 26 de agosto de 2002, em seu Art. 14, consta a seguinte conceituação:

- "transgressão disciplinar é toda ação praticada por militar contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe".

Constam no Vade-Mécum de Cerimonial Militar (VM 10), aprovado pela Portaria n° 156, de 23 de abril de 2002, do Comandante do Exército, os seguintes conceitos:

"Ética militar é o conjunto de regras ou padrões que levam o militar a agir de acordo com o sentimento do dever, a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe.

Sentimento do dever - refere-se ao exercício, com autoridade e eficiência, das funções que lhe couberem em decorrência do cargo, ao cumprimento das leis, regulamentos e ordens e à dedicação integral ao serviço.

Honra pessoal – refere-se à conduta como pessoa, à sua boa reputação e ao respeito de que é merecedor no seio da comunidade. É o sentimento de dignidade própria, como o apreço e o respeito de que o militar se torna merecedor perante seus superiores, pares e subordinados.

Pundonor Militar – refere-se ao indivíduo como militar e está intimamente relacionado à honra pessoal. É o esforço para pautar sua conduta como a de um profissional correto, em

[4] General-de-Exército Enzo Martins Peri, Comandante do Exército, em entrevista publicada na Revista "daCultura", ano VII - Nº 12 - Junho de 2007

serviço ou fora dele. O militar deve manter alto padrão de comportamento ético, que se refletirá no seu desempenho perante a Instituição a que serve e no grau de respeito que lhe é devido.

Decoro da classe - refere-se aos valores morais e sociais da Instituição (Exército Brasileiro) e à sua imagem ante a sociedade. Representa o conceito social dos militares".

Embora esses conceitos constem em documento elaborado no Exército, evidentemente, são válidos para todos os militares das Forças Armadas.

3. A justiça castrense

O termo "castrense" remonta à época do império romano. *Castru* era a designação dada aos acampamentos das legiões romanas quando, em regiões longínquas, combatiam para expandir ou defender as fronteiras do império. Representando a ação do Pretor, sediado em Roma, os tribunais militares constituíam-se no instrumento de aplicação da justiça naqueles acampamentos, daí a denominação "Justiça Castrense", como sinônimo de Justiça Militar, utilizada até os dias de hoje.

Para uma efetiva aplicação da lei no ambiente castrense, o Estado conta com **uma justiça especializada, muito especial**, a Justiça Militar da União, com a atribuição de julgar os integrantes das Forças Armadas e os civis que pratiquem crimes militares tipificados no Código Penal Militar e cometidos nas circunstâncias nele definidas. Conforme José Afonso Mendonça de Azevedo, autor de Elaborando a Constituição Nacional (atas da subcomissão elaboradora do anteprojeto 1932/1933), p.738, o General Pedro Aurélio de Góis Monteiro, em 1932, quando integrante da subcomissão incumbida de elaborar o referido anteprojeto de constituição, que serviu de base para os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte de 1934, assim se expressou: "a jurisdição militar visa, sobretudo, a disciplina. Se alguém, militar ou civil, atentar contra ela, de modo a prejudicá-la, deve ser julgado por tribunal militar. Esse conceito jurídico tem de se subordinar à necessidade de defesa do Estado". Acredito que o general ao mencionar, naquela época, "tribunal militar", em verdade estava, usando-se os termos atuais, referindo-se à Justiça Militar da União, que é a garantia da unidade militar e do sustento de seus pilares fundamentais: a disciplina e a hierarquia.

Quando se escreve a respeito da Justiça Militar da União, e conseqüentemente do seu tribunal superior – o Superior Tribunal Militar, independentemente do nome que possuía a época –, não se pode deixar de relacionar a sua existência com os diversos fatos históricos que marcaram a evolução política e social do país, particularmente no que se refere aos julgamentos (julgamentos propriamente ditos ou de *habeas corpus*, apelações, etc) de militares e civis que participaram de movimentos políticos/insurrecionais/revolucionários, como os abaixo mencionados:

- a Revolta da Chibata, em 1873;
- a 2ª Revolta da Armada, em 1893;
- a Guerra dos Canudos,1896/1897;
- a Revolta dos Dezoito do Forte, no Rio de Janeiro, em 1922;
- a Revolução Constitucionalista de 1932;
- a Intentona Comunista de 1935;
- o levante da Ação Integralista Brasileira, em 1938;
- as Revoltas de Jacareacanga/Aragarças,em 1956/1959;
- os diversos fatos políticos pós março de 1964, quando à Justiça Militar foi atribuído o encargo de processar e julgar os crimes tipificados na Lei de Segurança Nacional.

O Superior Tribunal Militar sempre preservou uma tradição de lisura, independência, imparcialidade, tolerância e de fidelidade aos princípios democráticos e às normas do Direito; em decorrência das decisões tomadas, caracterizadas pelo alto nível ético e jurídico, e por ter

demonstrado ao longo dos anos isenção nos julgamentos e não subserviência em relação ao Poder Executivo, foi merecedor de comentários elogiosos por parte de renomados advogados que atuaram na defesa dos acusados, dentre os quais destaco os Doutores Sobral Pinto e Heleno Fragoso. Esses comentários decorreram não só do posicionamento de total independência em relação ao Poder Executivo, mas também, do exemplo de ponderação, equilíbrio e bom senso em suas sentenças e acórdãos, particularmente na complicada e difícil missão de julgar processos políticos, quando, exemplarmente, deu sobejas provas de que o STM, o mais antigo Tribunal de Justiça do país e modelo inspirador para a criação de outros tribunais de justiça especializada, nunca funcionou como um tribunal de exceção, tendo, inclusive, suspendido penas de morte decididas em primeira instância.

Sobre a atuação do STM no período pós 1964, particularmente até o ano de 1985, merecem ser transcritos alguns trechos do excelente artigo do ilustre e honrado coronel do Exército Jarbas Passarinho - que também foi Ministro de Estado, Governador e Senador da República - intitulado "Injurioso preconceito", publicado no "STM em Revista" (Ano 3, nº 4, de julho-dezembro de 2006), onde, dentre outras afirmações, escreveu: "...não foi por acaso, pois, que o criminalista Heleno Fragoso declarou pela imprensa que "o STM nunca julgou como um tribunal de exceção", e que o Dr Sobral Pinto, emblemático por sua altivez, foi mais longe ao declarar que o STM é o melhor tribunal do país". Em outro trecho, ressaltou que "o saudoso ministro Rodrigo Otávio Jordão Ramos fez conhecer publicamente uma estatística, cobrindo o período de outubro de 1965 a novembro de 1977, em que o STM julgou 6.196 casos de condenação por violação da Lei de Segurança Nacional. Absolveu 4.208 e condenou 1.988, não poucas vezes reduzindo a pena imposta nas Auditorias". E por último, encerrando essas transcrições de trechos do referido artigo, destaco o que menciona o trabalho realizado pelos jovens oficiais, juízes militares na primeira instância: "Sobre o papel justo do STM na apreciação das causas, vale transcrever estas palavras do então presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Aliomar Baleeiro, constantes de um acórdão daquela Corte: "Não só o Superior Tribunal Militar não chocou nunca a opinião pública por parcialidade, covardia, subserviência, miopia profissional ou delírio de punir, se não também que os Conselhos formados exclusivamente de oficiais moços, em casos por mim revistos no STF, deram bons exemplos de compreensão e benignidade na aplicação de textos redigidos sob a emoção da crise. Considerava-se, ademais, que esses jovens oficiais viviam o impacto da luta armada, da desumanidade do terrorismo que sacrificou seus camaradas de farda responsáveis pela contra-insurreição".

Quanto à sua origem, a Justiça Militar no Brasil foi instituída em 1808, na cidade do Rio de Janeiro, quando da instalação da Corte Portuguesa, por meio do Alvará de 1º de abril, com força de lei, baixado por D. João VI, com a criação do "Conselho Supremo Militar e de Justiça". Aquele Conselho Supremo - o primeiro Tribunal Superior de Justiça instituído no Brasil - acumulava funções administrativas, emitindo, quando consultado, pareceres a respeito de questões referentes a soldos, nomeações, promoções, cartas-patentes, uso de insígnias, etc; e funções judiciárias, julgando, em última instância, os processos criminais de réus sujeitos ao foro militar. O Tribunal, em sua origem, foi presidido por D. João VI, D. Pedro I e por D. Pedro II durante o Império e pelos dois primeiros presidentes do Brasil, Deodoro da Fonseca e Floriano Peixoto, após o advento da República; a partir de 1893 o Presidente do Tribunal passou a ser um dos seus Ministros.

Integraram também o Superior Tribunal Militar, mesmo quando ainda denominado Conselho Supremo Militar e de Justiça ou Supremo Tribunal Militar, além dos já citados Chefes de Estado, outras personalidades, eminentes brasileiros cujos nomes estão inseridos na história do nosso Brasil, tais como o Duque de Caxias, o Patrono do Exército; o Almirante Tamandaré, o Patrono da Marinha; o Dr Joaquim Pedro Salgado Filho, que em 1941, com a criação de uma nova Força Armada, deixou o Tribunal para assumir o cargo de Ministro da Aeronáutica; e, mais

recentemente, renomados juristas, dentre os quais destaco o Dr João Romeiro Neto, o Dr João Mendes da Costa Filho e o Dr Alcides Vieira Carneiro.

A denominação, com a elaboração da Constituição de 1891, foi alterada para Supremo Tribunal Militar, já no período republicano; e em 1934, o Tribunal passou a integrar o Poder Judiciário, por dispositivo constitucional. Sua denominação atual – Superior Tribunal Militar (STM) – surgiu quando da Constituição de 1946, não mais sofrendo alteração nesses últimos sessenta e dois anos.

A Constituição Federal de 1988 contemplou a Justiça Militar com alguns artigos:

- "Art 92. São órgãos do Poder Judiciário:
  VI - os Tribunais e Juízes Militares;"
- "Art 122. São órgãos da Justiça Militar:
  I - o Superior Tribunal Militar:
  II - os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei."
- "Art 123. O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais do Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis.

Parágrafo único. Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, sendo:

I - três dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional;

II - dois, por escolha paritária, dentre juizes-auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar".

- "Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar."

Constata-se, assim, que os assuntos relacionados à Justiça Militar da União, no tocante à sua organização, funcionamento e competência, podem ser alterados com supressões, acréscimos ou modificações, por meio de Lei Ordinária, desde que não conflitem com matéria já definida no texto constitucional, nos artigos acima transcritos; é o caso, por exemplo, de uma proposta já enviada ao Congresso Nacional (PL n° 2014/2003) no sentido de alterar o Art. 9° do Código Penal Militar (Decreto-Lei n° 1.001, de 21 de outubro de 1969) e, conseqüentemente, o art. 82 do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n° 1002, de 21 de outubro de 1969), para redefinir a competência do foro militar, no que se refere aos crimes dolosos contra a vida praticados contra civil por militares das Forças Armadas.

Verifica-se, também, que a Constituição Federal restringe a abrangência da Justiça Militar da União, atribuindo-lhe, apenas, competência na área penal; essa matéria vem sendo discutida no Superior Tribunal Militar, com o objetivo de se concluir sobre a conveniência, ou não, de alteração no texto constitucional de modo a ampliar a competência do STM, incluindo, na sua esfera de competência, além da atribuição de exercer o controle jurisdicional sobre as punições disciplinares aplicadas aos militares (que já consta em PEC), todas as questões cíveis e administrativas relacionadas com os membros das Forças Armadas e as particularidades do ambiente castrense.

O Dr. Eduardo Weymar, assessor jurídico da Força Aérea Brasileira, em "Reflexão acerca da atual competência da Justiça Militar"[5], assim se pronunciou a respeito desse assunto:

[5] página eletrônica: **www.viajus.com.br**, cujo endereço é: http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigo&id=722

- "As causas judiciais que envolvem questões militares não penais são processadas e julgadas pela Justiça Federal. Ocorre que os juízes federais, embora seja inconteste sua aptidão para a função, pouco sabem a respeito das peculiaridades da disciplina e da hierarquia militar, de seus valores e, por que não, de sua ímpar legislação composta por inúmeras Instruções Normativas, Portarias, Decretos, etc, além de leis específicas.
  Ademais, nem mesmo no concurso para ingresso na carreira da Magistratura Federal exige-se o conhecimento sobre direito militar. Por outro lado, os Juízes-Auditores, ao se submeterem ao concurso de provimento do cargo, são amplamente questionados acerca do direito militar como um todo, além das outras matérias relacionadas ao direito em geral, especialmente direito público".

Ainda naquele trabalho elaborado, e já mencionado, o Dr. Eduardo, em suas conclusões, assim se expressou:

- "A peculiar legislação militar, de constante aplicação pelos administradores públicos militares e pelas autoridades judiciárias, carece de um tratamento diferenciado. Nada mais justo, portanto, do que se especializar, regulamentar e estruturar dignamente esta Justiça, assim como o fez o legislador em relação ao Direito do Trabalho, outro braço especialíssimo do Poder Judiciário.
  Por outro lado, em atenção ao princípio da eficiência, e para agilizar o andamento dos feitos, nota-se que não há razão plausível para que a Justiça Federal continue acumulando processos que versem sobre matérias eminentemente de cunho militar, ante a existência de um órgão constitucional especial apto a dar cabo destas lides com maior conhecimento técnico".

Entretanto, os que defendem uma posição contrária a esse aumento de competência do Tribunal argumentam que, sem dúvida, cautelas deverão ser observadas, no que tange a essa ampliação de competência. Dentre esses cuidados, duas preocupações destacam-se e exigem da matéria uma análise mais acurada. A primeira é a de que essa ampliação não deve alcançar as questões essencialmente cíveis e administrativas, exceto as referentes às transgressões disciplinares, e, muito menos, com submissão ao julgamento de órgão colegiado, integrado por leigos, sob pena de atrair para a Justiça Militar os mesmos equívocos e críticas que levaram à extinção dos órgãos "classistas" na Justiça do Trabalho. A segunda é a de que, no contexto da ampliação da competência ora em tramitação no Congresso Nacional, fique caracterizada a possibilidade da impetração, apenas na Justiça Militar, de Mandado de Segurança especificamente relacionado a "casos" de transgressão disciplinar, de modo que seja evitada uma "confusão" ou indefinição (Justiça Militar ou Justiça Federal ?) quanto ao uso desse remédio constitucional.

4. A estrutura da Justiça Militar

A sua estrutura é impar no Poder Judiciário. Difere das existentes nos demais órgãos federais do referido Poder, os quais se estruturam da seguinte forma: na primeira instância estão os Juízes, Titulares e Substitutos; na segunda, os Tribunais Regionais Federais; na terceira, os Tribunais Superiores, aí incluído o Superior Tribunal de Justiça, posicionados imediatamente abaixo do Supremo Tribunal Federal.

A Justiça Militar da União conta na primeira instância com as Auditorias Militares, onde são instalados os Conselhos de Justiça, os Permanentes e os Especiais, obrigatoriamente integrados por um Juiz-Auditor (Titular ou Substituto); no nível logo acima está o Superior Tribunal Militar. Por integrar o Poder Judiciário, tem como última instância, do mesmo modo que todos os demais Tribunais Superiores, o Supremo Tribunal Federal que, quando

solicitado por meio de recurso ordinário constitucional (nos casos de Mandado de Segurança ou de *Habeas Corpus*) ou recurso extraordinário (nos demais acórdãos), manifesta-se sobre as decisões tomadas pelo STM.

Ressalte-se que o Ministério Público Militar da União e advogados de defesa (dativos ou nomeados ou integrantes da Defensoria Pública da União), da mesma forma que ocorre nos outros segmentos do Poder Judiciário, fazem-se presentes nas sessões públicas da Justiça Militar da União, nas duas instâncias, legitimando as decisões dessa justiça especializada. A presença física do Ministério Público Militar da União, que faz a acusação e atua como fiscal da lei, é obrigatória não só nos julgamentos, mas também nas demais sessões; a do defensor é obrigatória, nas mesmas circunstâncias, apenas no processo em curso na 1ª instância, o que equivale a dizer que não o é em sede apelatória.

No âmbito do Poder Judiciário, somente na Justiça Militar os julgamentos são sempre realizados por colegiados (escabinatos), nas duas instâncias, motivo pelo qual as penas aplicadas não são decorrentes de uma decisão pessoal, ou seja, não decorrem do poder discricionário de um Magistrado.

O objetivo da Justiça Militar é a aplicação da lei, em todo o território nacional, para inibir ou coibir condutas nocivas aos fundamentos da instituição militar, assim como a prática de atos que possam prejudicar os militares, a administração militar ou afetar os princípios da disciplina e da hierarquia, como já mencionado anteriormente, as vigas mestras que sustentam as Forças Armadas. Esses princípios são essenciais para proporcionar à Marinha, ao Exército e à Aeronáutica as condições necessárias ao cumprimento das suas atribuições legais, constitucionais ou subsidiárias (previstas em leis, decretos, diretrizes, etc).

A Justiça Militar da União possui uma estrutura específica, constituída com base no Art 92 da Constituição Federal e no Art 1° da Lei n° 8457, de 04 de setembro de 1992 (Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares), assim escalonada:

- o Superior Tribunal Militar;
- a Auditoria de Correição;
- os Conselhos de Justiça;
- os Juízes-Auditores e os Juízes-Auditores Substitutos.

Em tempo de paz, para fins de administração da Justiça Militar, o território nacional é dividido em doze Circunscrições Judiciárias Militares, as CJM, abrangendo:

- a 1ª - os Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo;
- a 2ª - o Estado de São Paulo;
- a 3ª - o Estado do Rio Grande do Sul;
- a 4ª - o Estado de Minas Gerais;
- a 5ª - os Estados do Paraná e Santa Catarina;
- a 6ª - os Estados da Bahia e Sergipe;
- a 7ª - os Estados de Pernambuco, Rio Grande do Norte, Paraíba e Alagoas;
- a 8ª - os Estados do Pará, Amapá e Maranhão;
- a 9ª - os Estados de Mato Grosso do Sul e Mato Grosso;
- a 10ª - os Estados do Ceará e Piauí;
- a 11ª - o Distrito Federal e os Estados de Goiás e Tocantins;
- a 12ª - os Estados do Amazonas, Acre, Roraima e Rondônia.

Nas áreas das CJM estão instaladas as Auditorias, no mínimo uma por Circunscrição, sendo que na primeira CJM existem atualmente quatro; na segunda e na décima primeira, duas (nesta última, uma ainda em fase de instalação) e na terceira, três Auditorias.

As competências atribuídas ao Superior Tribunal Militar estão relacionadas no Art 6° da Lei de Organização da Justiça Militar. Como exemplo, destaco a atribuição de processar e julgar originariamente:

- os oficiais-generais das Forças Armadas, nos crimes militares definidos em lei;
- a representação para a decretação de indignidade de oficial ou sua incompatibilidade para com o oficialato.

A Auditoria de Correição, exercida pelo Juiz-Auditor Corregedor, com jurisdição em todo o território nacional, é órgão de fiscalização e orientação judiciário-administrativa e tem a sua competência definida no Art 14 da Lei n° 8457.

Os Conselhos de Justiça funcionam nas sedes das Auditorias, salvo em situações muito especiais previstas em lei, e julgam os processos instaurados, absolvendo ou condenando os réus.

Os Conselhos de Justiça são de dois tipos: os Permanentes (julgam praças e civis) e os Especiais (julgam oficiais), ambos integrados pelo Juiz-Auditor (ou o Juiz-Auditor Substituto) e por quatro oficiais, denominados juízes militares, que são sorteados e temporários nas funções judicantes. Os Conselhos de Justiça Permanentes são presididos por um oficial superior e integrados por três oficiais de posto até capitão (capitão-tenente, no caso da Marinha); os Conselhos Especiais de Justiça são constituídos pelo Juiz-Auditor (Juiz-Auditor Substituto) e por quatro juízes militares, sob a Presidência, dentre esses, de um oficial-general ou oficial superior (dependendo do posto do oficial a ser julgado), de posto mais elevado do que o dos demais juízes, ou de maior antigüidade, no caso de igualdade.

As peculiaridades desses Conselhos, assim como as suas competências, constam nos artigos 16 até 29 da Lei n° 8457, já citada anteriormente.

Aos Juízes-Auditores são atribuídas as competências normais de um Juiz de primeira instância da Justiça Comum, com as particularidades inerentes à Justiça Militar da União, como, por exemplo, integrar os Conselhos de Justiça já mencionados.

5. O escabinato e os julgamentos

O escabinato é um juízo colegiado, integrado por pessoas oriundas de áreas profissionais distintas; no Brasil surgiu com a própria Justiça Militar, em 1808, com a chegada da família real, e, mais precisamente, quando da criação do Conselho Supremo Militar e de Justiça, constituído pelos Conselheiros de Guerra e do Almirantado e por outros oficiais nomeados como vogais, sendo que para atuar como Conselho de Justiça era acrescido de três juizes togados. Essa composição mista, por alguns chamada de híbrida, é uma característica da nossa Justiça Militar da União desde a sua origem, tendo permanecido até os dias de hoje, nas duas instâncias: nos Conselhos de Justiça que funcionam nas Auditorias e no Superior Tribunal Militar.

A instituição do julgamento dos crimes militares por meio de Conselhos mistos, integrados por militares e civis togados - que têm formação heterogênea e variada vivência e coadunam a prática dos que conhecem com profundidade a vida na caserna e a sua legislação específica e o saber jurídico - possibilita o surgimento de sentenças penais mais justas, pautadas tanto na experiência vivida como no amparo da lei. A Dra. Viviane de Freitas Pereira, Juíza-Auditora da Justiça Militar do Rio Grande do Sul, sobre essa matéria, assim se expressou: "a decisão será o resultado de diversas compreensões e interpretações, chegando-se a uma sentença final pelo voto da maioria. A sentença proferida é uma adequação de compreensões, em que está presente a prática e o conhecimento jurídico"[6].

[6] Livro: Direito Militar - História e Doutrina - Artigos Inéditos, da Associação das Justiças Militares Estaduais, p. 178

O Tenente-Brigadeiro-do-Ar Carlos de Almeida Baptista, Ministro do Superior Tribunal Militar no período agosto de 1994 a dezembro de 1999, tendo, inclusive, exercido o cargo de Presidente do Tribunal, pronunciou-se a respeito da composição mista: "Os togados precisam de seus pares militares, da mesma forma como seria impossível funcionarmos sem eles. A verdadeira justiça é oferecida pelo amálgama que se faz dos seus conhecimentos e das nossas experiências"[7].

Esta modalidade de julgar exige, nos Conselhos de Justiça, que os militares estejam presentes durante as fases nas quais se ouvem todos os intervenientes do processo que podem influenciar na decisão; juntamente com o juiz togado, decidem sobre a pretensão punitiva e sobre a aplicação da pena; a decisão consubstancia-se em uma sentença com o voto de todos os seus integrantes, prevalecendo, como já dito, o voto da maioria. Com as adaptações necessárias, esse tipo de procedimento ocorre também nos julgamentos no Superior Tribunal Militar, onde a participação de experientes chefes militares, que constituem a maioria dos ministros, assim como a de civis possuidores de notório saber jurídico, é de fundamental importância para o resultado dos julgamentos.

Há na Justiça Militar da União uma real e constante preocupação no sentido de se praticar justiça e de se evitar que erros sejam cometidos, principalmente os de punir inocente ou aplicar sanções além do necessário. A concretização do *in dúbio pro reo* é uma realidade e tem sido observada a sua aplicação no dia-a-dia dos Conselhos de Justiça e, particularmente, no STM. Aliás, embora esse princípio seja adotado com toda a atenção na Justiça Castrense, verifica-se que essa preocupação é válida na justiça de uma maneira geral, conforme se pode constatar pelo posicionamento do Dr. Francisco de Souza Vieira Filho, quando, em seu trabalho "O Direito Penal como "ultima ratio", suas funções e limites". Breve análise sob o fio condutor da sociedade, Estado e Direito"[8], assim se pronunciou:

- "No âmbito penal, pode-se facilmente pressupor uma sensível tendência a beneficiar o réu, seja facilitando-lhe a defesa (*in dúbio pro reo*), seja impedindo a retroação de leis que o prejudiquem, seja pela imensa gama de fatos atípicos, causas de exclusão de antijuridicidade e punibilidade, entre outros meios de desqualificação do crime por ele praticado ou meios de vedar-lhe a punição. E por que razão tal se dá? Ora, abraçando situações excepcionais, bens que a Sociedade tem em alta conta (Direitos Fundamentais), é patente a intenção de evitar o cometimento de injustiças. Isso se revela de maneira bem mais acentuada no Direito Penal brasileiro, tal é o temor de cometer-se erros ou, mais especificamente, de punir-se inocentes; ainda assim, pululam injustiças". Esta tendência mencionada é corroborada pelo contido no art 5º, inciso LV, da Constituição Federal, e pelo modo de pensar do Dr Joaquim Canuto Mendes de Almeida, que foi titular de Direito Processual Penal da USP, já falecido, que dizia: "o processo penal não é formatado para garantir a sociedade, mas, exclusivamente, o amplo direito de defesa do criminoso, que, como cidadão, só deve ser condenado se solidamente comprovado seu delito"[9].

A Justiça Militar da União, como não poderia deixar de ser, assegura a todos, indistintamente, quer sejam oficiais-generais, oficiais, praças ou civis, o direito ao contraditório e à ampla defesa, proporcionando julgamentos de acordo com a lei, imparciais e justos. Ressalte-se que, diferentemente do que ocorre em outros segmentos do Poder Judiciário, na primeira instância,

---

7 artigo "A Justiça Militar da União pelo seu novo Presidente". Revista de Direito Militar da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais. Ano II. Número 13. Setembro/Outubro de 1998, p.4

8 "Jus Navegandi", Terezina, ano 11, n.1257, 10 Dez 2006

9 ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal: a contrariedade na instrução criminal, o direito de defesa no inquérito policial, inovações do anteprojeto de Código do Processo Penal.** Preâmbulo de Mário Masagão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973

inclusive durante a instrução dos feitos, todas as questões essenciais são examinadas e votadas por um colegiado (escabinato), com as participações efetivas dos representantes do Ministério Público da União e dos advogados de defesa, com réplica e tréplica; todo processo é assim conduzido. Quando nos processos originários no próprio STM, esse procedimento (réplica e tréplica) é idêntico ao da primeira instância.

Por se tratar de duplo grau de jurisdição, a Justiça Militar da União assegura ao jurisdicionado, quando inconformado com a decisão da primeira instância, o direito de ter, por meio de recurso, o seu processo reapreciado por outro juízo, também um colegiado; essa possibilidade de recorrer, facultada também ao Ministério Público Militar da União, limita o arbítrio, a indulgência e os excessos por parte do Estado, uma vez que obriga o reexame da causa na segunda instância, prevalecendo, ao final, o direito, a ordem e a justiça. Essa peculiaridade mencionada, escabinato nas duas instâncias, é um diferencial entre a Justiça Militar da União e a Justiça Comum. Um outro diferencial, reconhecido por, praticamente, todos que labutam na área jurídica, é a celeridade da Justiça Castrense, que julga rápido e bem; de um modo geral, o tempo que decorre entre o cometimento do crime e a sentença transitada em julgado na Justiça Militar da União é muito menor do que o da Justiça Comum, mesmo com a utilização, pelos advogados de defesa, dos mesmos instrumentos legais existentes na Justiça Comum e que, às vezes, são apenas protelatórios (apelações, embargos, etc).

No Superior Tribunal Militar os processos são distribuídos aos ministros por meio de um "sorteio" informatizado. Quando os processos necessitam de relator e de revisor, o software utilizado faz com que os processos de deserção, insubmissão, representação para declaração de indignidade ou de incompatibilidade para o oficialato e os de Conselho de Justificação tenham como relator um Ministro Militar e o revisor um Ministro Civil; o relator será Ministro civil, e conseqüentemente o revisor será Ministro Militar, nos processos relativos à Ação Penal Originária. Nos demais casos, os relatores e revisores poderão ser civis ou militares, conforme o sorteio, assegurando sempre que quando o relator for militar, o revisor será civil, e vice-versa.

Quanto às votações em plenário, de um modo geral, não há significativas diferenças entre os votos proferidos pelos ministros militares e pelos civis; entretanto, alguns dos crimes militares julgados pelo STM têm merecido debates mais intensos, normalmente decorrentes do entendimento de cada ministro sobre a tipicidade, características e gravidade do delito criminal, assim como os seus reflexos na disciplina e/ou na hierarquia. Ressalte-se que os ministros militares, por trabalharem em um ambiente em que no dia-a-dia se aprende muito sobre Direito Penal Militar, invariavelmente, dedicam-se ao estudo dessa modalidade do Direito.

Dentre os crimes que freqüentemente geram debates e votos discordantes estão os de deserção (artigo 187 do CPM); os de estelionato (artigo 251 do CPM); e os crimes de tráfico, posse ou uso de entorpecentes (artigo 290 do CPM); também têm gerado debates o problema da prescrição da pretensão punitiva e a extinção da punibilidade, constantemente levantado como preliminar, e a questão da condição de procedibilidade da ação penal no crime de deserção.

Com relação ao crime de deserção, a discordância, normalmente, refere-se ao entendimento se a deserção é um crime de efeitos permanentes ou permanente.

Os Ministros do STM não têm tido um entendimento unânime sobre a matéria; a unanimidade, creio, expressa-se na compreensão de que o crime de deserção tem por objetividade jurídica a proteção do serviço militar e, ainda, a preservação do interesse da organização militar em contar com a plenitude do seu efetivo, a fim de bem cumprir as missões que lhe são atribuídas.

Os que consideram a deserção um crime de efeitos permanentes, justificam esse entendimento alegando que:

- "o delito de deserção não se amolda à conceituação de crime permanente, pois sua consumação não se prolonga no curso do período de ausência e, sim, ocorre no nono dia de afastamento, isto é, no instante em que transcorre o oitavo dia de ausência, sem licença, do militar. Consoante preceitos doutrinários e jurisprudenciais, o delito de deserção é crime de mera conduta, omissivo, propriamente militar e instantâneo de efeitos permanentes (STM, Apelação nº 1998.01.048160-7/RJ, de 17/11/98 - Ministro Relator Ten-Brig-do-Ar Carlos de Almeida Baptista).

Por outro lado, há os que entendem ser a deserção um crime permanente; por conseguinte, enquanto durar o afastamento ilegal do militar, a mencionada objetividade jurídica estará afetada. Embora a deserção tenha o seu momento de consumação após o oitavo dia da ausência injustificada, tal momento se protrai no tempo, somente vindo a esgotar-se no instante em que o faltoso regressa à caserna, seja por apresentação voluntária, seja por captura; é também axiomático que a extensão do tempo da injusta ausência do militar é, em tese, fruto da sua própria vontade, até mesmo na hipótese da captura, quando, então, caberá interpretá-la como "interrompida". Ademais, ainda com o mesmo propósito, alegam os defensores desse entendimento que essa "errônea" classificação do crime de deserção como de efeitos permanentes torna o artigo 132 do CPM praticamente "letra morta", uma vez que, de forma drástica, reduz o seu alcance à quase zero; e tanto não ocorreria se fosse a deserção classificada como crime permanente, quando, então, caberia aplicar a dicção da alínea "c", do § 2º, do artigo 125, do CPM, em todos os casos de captura ou apresentação voluntária de desertores com menos de 45 anos (se praça) ou de 60 anos (se oficial), em combinação com as regras gerais da prescrição (em especial as contidas no artigo 125 do CPM).

Ainda em sustentação de que deserção é crime permanente, os defensores desse entendimento citam também como argumento "irrefutável" o fato de estar o militar foragido (o desertor) em constante estado de flagrância, o que, inclusive, coincide com o entendimento de juristas de inquestionável saber na área do Direito Penal Militar, que escreveram sobre a matéria: Chrysólito de Gusmão[10]; José Frederico Marques; Jorge Alberto Romeiro[11]; Célio Lobão[12], além do Prof. Damásio de Jesus[13] e outros Mestres do Direito Penal, tais como Julio Fabbrini Mirabete, Raul Machado, Jorge César de Assis, etc.

Para concluir sobre as classificações dadas ao crime de deserção, destaco um entendimento "mais completo" defendido pelos Prof. Célio Lobão e Jorge César de Assis, e que constam nas respectivas publicações mencionadas no parágrafo anterior, de que a deserção é "crime de mera conduta e permanente, ensejando, por este último motivo, a prisão do desertor em flagrante" (Célio Lobão) e "Não há dúvida entretanto, tratar-se de um crime permanente, cuja consumação se prolonga no tempo. (...) Tenho por mim, atualmente, que essa é a melhor classificação; é permanente porque a consumação se prolonga no tempo e somente cessa quando o desertor se apresenta ou é capturado. E é de mera conduta (ou de simples atividade) porque se configura com a ausência pura e simples do militar, além do prazo estabelecido em lei, sem necessidade que da sua ausência decorra qualquer resultado naturalístico. A lei contenta-se com a simples ação (deserção) ou omissão (insubmissão) do agente" (Jorge César de Assis).

---

[10] **Direito Penal Militar**, JRS Editor, Rio de Janeiro, 1915, p. 97

[11] **Curso de Direito Penal Militar**, Saraiva, 1994, p. 53

[12] **Direito Penal Militar**, 2ª edição atualizada, Brasília Jurídica, 2004, p. 258 e Direito Penal Militar, Brasília Jurídica, 3ª Edição, 2006, p. 298

[13] **Direito Penal**, Saraiva, 28ª edição, 2005, 1º Vol, p. 193/194

No que diz respeito ao crime de estelionato (artigo nº 251 do CPM), a abordagem resumir-se-á, apenas, às práticas ilícitas cometidas em decorrência de falecimento de inativo ou de pensionista, mediante retirada indevida, com a utilização de cartão bancário e conhecimento da senha para o uso do cartão, de recursos financeiros depositados "irregularmente" em contas bancárias de pessoas falecidas. O Tribunal, de um modo geral, nos diversos processos julgados, tem se posicionado no sentido de concordar que o crime está tipificado no artigo nº 251 do CPM (estelionato), embora com votos discordantes de Ministros, em minoria, que entendem que essa prática ilícita deva ser enquadrada no artigo nº 248 do CPM (apropriação indébita).

Sobre o crime de tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar (Art nº 290 do CPM), nos processos julgados no Superior Tribunal Militar, por maioria de votos, o Tribunal tem se pronunciado pela aplicação do artigo 290 do CPM, condenando os acusados ou mantendo a condenação da primeira instância, mesmo na hipótese da simples posse ou uso de pouca quantidade de entorpecente, por reconhecer a gravidade dessa conduta criminosa, particularmente no interior de uma Unidade Militar (um militar normalmente, no dia-a-dia, manuseia, tem acesso ou porta armamento e munição).

Os resultados das votações em plenário no STM têm demonstrado que os Ministros não concordam com o entendimento, recentemente sustentado pela Defensoria Pública da União (DPU), de que o Art 290 do CPM teria sido revogado pelo advento da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, particularmente pelo contido no seu artigo 40:

- "As penas previstas nos artigos 33 a 37 desta lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:
  III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, ... de unidades militares ou ....".

Assim, argumentam, os integrantes da DPU, que está implícito que todas as demais disposições da nova lei também se aplicam aos militares, de forma que o artigo 290 do CPM estaria revogado.

O Tribunal, pela maioria dos Ministros, tem rejeitado a tese da aplicabilidade do princípio da insignificância (ou da bagatela) para os casos de porte, uso ou tráfico de entorpecente, em pequenas quantidades, no interior de uma organização militar. Quanto ao princípio da proporcionalidade, há concordância no que se refere à necessidade da sua aplicação quando do julgamento dos processos; a discordância ocorre no entendimento sobre essa aplicação, ou seja, a minoria entende que o Art 290, tendo a saúde como o bem jurídico a ser protegido e analisando-se a adequação da medida restritiva em relação ao fim almejado, a necessidade da medida restritiva imposta e a proporcionalidade estrita (medida exata da resposta em relação à gravidade da lesão sofrida pelo bem jurídico e ao ordenamento jurídico), peca por tratar igualmente condutas delituosas diversas (tráfico, posse, a condução e o uso de entorpecente), resultando, quando da aplicação do artigo 290, condenações desproporcionais em relação ao crime cometido. A maioria dos Ministros, além de discordar de que as penas são desproporcionais ao delito cometido (a pena aplicada pode variar da mínima à máxima prevista), tem se posicionado pelo entendimento de que a condução, a posse, o uso e o tráfico são igualmente perigosos e possíveis de causar danos irreparáveis, uma vez que em todos esses casos o entorpecente se encontra no interior da organização militar e, em tese, em condição de ser utilizado por um militar (que poderá, na condição de "drogado", ter em suas mãos uma arma com munição real). Ressalte-se que a conotação de "tráfico" nos aquartelamentos tem significado distinto do que é utilizado no meio civil, uma vez que no interior de uma organização militar significa que alguém introduziu alguns cigarros de maconha (ocorrências mais comuns) ou pequenas quantidades de outras substâncias

entorpecentes para ceder ou vender para colegas de farda, selecionados pela amizade pessoal, nada tendo a ver de semelhante com a venda de dezenas ou centenas de quilos (e até mesmo toneladas) realizada por traficantes profissionais.

De um modo geral, o Supremo Tribunal Federal, quando solicitado a se pronunciar sobre as decisões do STM (em pedido de "*habeas corpus*" impetrado em favor de militar condenado com fulcro no Art 290 do CPM) tem se manifestado a favor das decisões do Tribunal. Quanto ao problema da Prescrição da Pretensão Punitiva e Extinção da Punibilidade, a prescrição desdobra-se em dois grandes ramos: a Prescrição da Pretensão Punitiva e a Prescrição da Pretensão Executória. Como regra, a Pretensão Punitiva (normalmente em função de pena fixada em concreto na sentença de primeiro grau) é a que rotineiramente é examinada pelo STM, em sede de preliminar, nas Apelações interpostas pela defesa.

A questão se prende, em essência, ao exame de mérito em processo em que, preliminarmente, tenha sido declarada a prescrição da pena. Existem duas correntes, duas posições antagônicas no que se refere ao entendimento por parte dos Ministros, independentemente do fato de ser militar ou civil. De um lado, o da minoria, há os que entendem que, mesmo declarada a prescrição da pena, deve-se proceder ao exame de mérito nos casos de sentença condenatória pendente de recurso exclusivo da defesa, da qual não cabe mais qualquer recurso por parte do Ministério Público da União no sentido de agravar a pena, aplicada na primeira instância ou em recurso de apelação; essa corrente considera que o não exame de mérito implica o descumprimento do § 1º do artigo 125 do CPM, onde consta: "sobrevindo sentença condenatória, de que somente o réu tenha recorrido, a prescrição passa a regular-se pela pena imposta, e deve ser logo declarada, sem prejuízo do andamento do recurso se, entre a última causa interruptiva do curso da prescrição (§ 5º) e a sentença, já decorreu tempo suficiente."

Por outro lado, a maioria dos Ministros entende que a Prescrição da Pretensão Punitiva é considerada uma preliminar de mérito e, portanto, uma causa impeditiva da análise deste, pois, se reconhecida, nenhum gravame restará mais para o acusado.

"A Prescrição é um instituto essencialmente jurídico-penal, constituindo a perda da pretensão punitiva ou executória do Estado pelo decurso do tempo sem o seu exercício"[14].

Diferentemente do indulto, o reconhecimento da Prescrição da Pretensão Punitiva põe fim à *persecutio*, apagando todos os efeitos da sentença condenatória de primeiro grau, como se esta jamais tivesse sido proferida.

À evidência, na raiz desse resultado amplamente favorável ao apelante/defesa, está o próprio princípio da presunção da inocência inserido no artigo V, inciso LVII, da Constituição Federal, o qual estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Ora, "estando impedida a ocorrência do trânsito em julgado pelo reconhecimento da Prescrição Punitiva, o apelante jamais poderá ser considerado culpado no processo *sub examine*, o que, obviamente, equivale ao reconhecimento implícito de sua inocência" (Dr. Flávio Rodrigues Duarte, Assessor Jurídico/STM, em outubro de 2007, quando em despacho com o autor).

"Esta matéria de ordem pública, de índole constitucional, torna a sentença condenatória pendente de recurso uma sentença apenas virtual, uma sentença que padece de efeitos reais. No mundo jurídico é uma sentença putativa, uma sentença que pode ou não vir a ser confirmada. Mas nesse compasso, entendo que o Tribunal que já não pode condenar também não pode absolver, por se tratar de matéria de ordem pública; porque a matéria prescricional prescinde o

[14] Damásio de Jesus, in **Direito Penal**, vol 1, P 717, 28ª edição

exame do mérito já que tem de ser declarada de ofício em qualquer momento do processo" (Ministro Flávio Flores da Cunha Bierrembach, em pronunciamento no Plenário do STM, em 30 Out 2007).

Por derradeiro, passemos à questão da condição de procedibilidade da ação penal no crime de deserção.

Sobre condição de procedibilidade vale destacar a lição de Eugênio Pacelli de Oliveira[15]: "No processo penal, em determinadas situações, a lei exige o preenchimento de determinadas e específicas condições para o exercício da ação penal. Assim, por exemplo, nas ações penais públicas condicionadas, o Ministério Público somente poderá ingressar com a ação se já oferecida à representação ...".

Na deserção a situação é semelhante. Há a necessidade do preenchimento de determinada e específica condição para o exercício da ação penal, qual seja: a reinclusão do desertor, praça sem estabilidade, nas fileiras das Forças Armadas.

Duas correntes de pensamento estão presentes atualmente no Tribunal. A minoritária, que entende que o status de militar (estar no serviço ativo) é condição indispensável, apenas, para dar início à ação penal; para o seu prosseguimento, após a reinclusão do desertor, a ação deveria seguir o seu curso até o fim, independente do status do acusado (militar ou não), do mesmo modo que ocorre em outros crimes militares. No caso de uma segunda deserção, a ação penal referente à primeira deveria continuar até o seu fim, sendo o desertor declarado revel caso não comparecesse aos atos processuais obrigatórios. Com relação à segunda deserção, esta, por depender de uma condição especial de procedibilidade para o início da ação penal, ficaria aguardando a captura ou a apresentação voluntária do desertor para, se outra vez julgado apto em inspeção de saúde, após a sua reinclusão, ser dado início à nova ação penal.

A segunda corrente, majoritária, entende que o status de militar é condição de procedibilidade da ação penal, não só para o seu início, como também para o seu prosseguimento e sua finalização; desse modo, os Ministros que integram essa corrente entendem que tanto a lei como a Súmula 12, editada pelo STM, definem que a praça sem estabilidade não pode ser denunciada por deserção, assim como também não é possível o prosseguimento da ação penal, sem ter readquirido o status de militar, por meio da reinclusão. Desse entendimento resulta que no caso de uma segunda deserção, a ação penal referente à primeira só poderá prosseguir após a captura ou apresentação voluntária do desertor, ocasião em que ele, se outra vez julgado apto em inspeção de saúde, será novamente reincorporado e readquirirá o status de militar da ativa.

6. Encerramento

Ao finalizar o presente artigo, gostaria de ressaltar que os duzentos anos da Justiça Militar da União significam, ao mesmo tempo, duzentos anos de existência do primeiro Tribunal Superior de Justiça no Brasil e o marco inicial da criação da primeira justiça especializada no nosso país; significa que os militares, por suas peculiaridades no modo de ser e de proceder, assim como pelas características profissionais inerentes aos que têm por missão, com o sacrifício da própria vida se necessário, a defesa da Pátria - missão imutável ao longo dos anos e cumprida em épocas distintas da nossa história -, tornaram-se pioneiros também na formação especializada de Juízes Militares e de Operadores do Direito, sem que viessem a se constituir em "defensores classistas", pois a Judicatura não pode ser tomada, nem tomar-se como classe. Ela compõe um dos poderes políticos da nação e sua estrutura só é legítima quando integrada no conceito de que a Judicatura

[15] **Curso de Processo Penal**, Editora Del Rey, 6ª Ed. P 89

é o próprio povo feito função, e, para bem cumprir esta nobre missão, como se pronunciou o Dr. Alexandre Augusto Quintas, Juiz-Auditor Substituto da 5ª CJM, em seu discurso de posse no Superior Tribunal Militar, no dia 13 de novembro de 2006[16], "o Juiz deve exercer o seu mister com independência, imparcialidade e lisura, buscando a qualidade da prestação jurisdicional, sem descurar de que para a parte justiça é fazer atuar a lei ao caso concreto com a celeridade exigida pelos tempos modernos".

[16] publicado na Revista do STM nº 4, de Jul/Dez de 2006

Dilemas da Justiça

Sérgio Ernesto Alves Conforto*

Antes de dar desenvolvimento a este texto julgo que se impõe estabelecer um debate sobre os significados que nele atribuo ao termo "justiça".

1. justiça x Justiça

O primeiro deles seria o referente ao sentimento, à percepção praticamente atávica do que é "justo", correspondente ao mérito ou demérito, ao reconhecimento de atitudes praticadas e respectivas decorrências, sejam elas boas ou más, agradáveis ou não.

Desde a mais tenra idade tem o ser humano tal percepção. O reconhecimento de um comportamento ajustado às boas expectativas, ainda que manifestado sob a forma de uma palavra agradável, um sorriso, um afago, estabelece um liame entre o fato e sua conseqüência, contribuindo não só para o processo educacional, mas também, e sobretudo, para o estabelecimento da relação causa/resultado.

O "muito bem" dito pela mãe quando a criança pede para ir ao "troninho" ou quando "papou tudo", ou se mais tarde o trabalho escolar é recompensado por uma estrelinha, o presente de natal para quem teve "bom comportamento" ou "passou de ano", tudo isto e tantas coisas mais são esperadas ações de "justiça" por parte de quem as remete. Fui bom, cumpri minhas obrigações, mereço (ou é justo que mereça) a recompensa.

> Bem mais tarde, pobre do marido que não nota que a esposa foi ao cabeleireiro, ou exibe um vestido novo. Por contrariar uma expectativa considerada "justa", receberá o anátema das lágrimas, do ressentimento, o "você não liga mais para mim"...

Na vida profissional, espera-se que a promoção, o aumento de salário, seja o produto justo decorrente de um desempenho acima do esperado, a recompensa pelo esforço e dedicação.

Por outro lado, o oposto também dá lugar a julgamentos, a ressentimentos, à sensação de injustiça.

A falta de afeto, de carícia verbal ou tátil, freqüentemente dá lugar a pessoas amargas, recolhidas, defensivas, solitárias, ressentidas e que se sentem "injustiçadas" ou "sem justiça". O mundo não é "justo" para elas, e seu comportamento decorre deste sentimento.

> Conheci uma pessoa que, em criança, a mãe a passava pelo muro para a casa do vizinho, quando o pai chegava embriagado, pois a probabilidade de vir a ser espancada gratuitamente era elevada. Cresceu amarga, incapaz de projetar afeto, de estabelecer um laço humano estável. Buscou compensar na vida adulta a injustiça de que foi vitimada, desde muito criança; tornou-se ambiciosa, egoísta, amarga. Para ela o mundo foi "injusto" por não lhe proporcionar o reconhecimento à sua inocência, fragilidade e desejos de carinho que sempre teve.

O que dizer do funcionário que se vê preterido na promoção por alguém que utilizou um "pistolão", ou que foi ultrapassado por outra menos competente, mas mais atraente aos olhos do chefe?

E o estudante que sabe que outros obtêm melhores notas através do uso da "cola"? E o atleta que usa "dopping" para conquistar medalhas?

---

* General do Exército. Ministro do Superior Tribunal Militar

Estes e tantos outros exemplos ilustram o entendimento do tema "justiça" como algo decorrente de um sentimento, uma percepção intensa do que deve ser a relação causa-efeito.

Outra forma de se entender a palavra "Justiça", agora com J maiúsculo, é aquela decorrente da ampliação da idéia anterior.

Instalado o conflito entre duas ou mais pessoas, organizações, nações, interesses em geral, estabeleceu-se desde há muitos séculos os códigos comportamentais a serem seguidos, atribuindo-se a alguém o papel de "juiz", capaz de estabelecer o que é "justo" ou não, com autoridade para sentenciar o que é "certo" e o que está "errado", o que deve ser recompensado e o que merece castigo.

Todas as sociedades humanas possuem este tipo de entendimento, ainda que as mais primitivas.

Os caciques, os conselhos de anciãos, os reis, os juízes, a todos se lhes dá (ou eles próprios se atribuem e impõem aos demais), o poder de julgar, de dar sentenças, de premiar e punir; são os encarregados de praticar a "Justiça".

É bem certo que ela (a Justiça) não é absoluta, mas função de inúmeros fatores, evolutivos, culturais, religiosos, políticos, do momento e local.

"Ai dos vencidos" estabelece um padrão de comportamento do vitorioso em relação ao derrotado.

Isto explica não só as decisões desde Cézar há dois mil anos, chegando até o julgamento dos líderes nazistas em Noruemberg ou o mais moderno ainda, Tribunal Penal Internacional.

O que é "justo" passa a ser função do tempo e do espaço, e também dos grupos humanos envolvidos. Enquanto em boa parte do mundo islâmico ainda se pune quem furta com a amputação das mãos, ao mesmo tempo em outros pontos do globo se admite uma ampla faixa de relativização da mesma falta através dos termos "insignificância" ou "bagatela", substituição de penas, ou sua progressão.

Quanto mais remotos no tempo, mais drásticos os castigos, mais rigorosa a "Justiça".

Ainda que dotadas de leis escritas ou não, civilizações antigas julgadas como precursoras do humanismo consideraram "justo" o trabalho escravo, fosse através da dominação de outros povos pela guerra, fosse como condenação por faltas cometidas, e de intensidade e natureza variável. A remessa às galés, ou o trabalho forçado em condições insalubres e sem remuneração não está tão distante assim no tempo.

A descrição das penas feita por Foucault em sua obra "VIGIAR E PUNIR", se hoje em dia causa espanto e horror às pessoas "civilizadas", naquela época atraía multidões para assistir ao suplício de seres humanos que nem sempre sequer sabiam do que tinham sido acusadas, pois os julgamentos muitas vezes eram feitos secretamente até mesmo para os réus, que tomavam conhecimento de seu destino no interior das masmorras em que eram encerrados por tempo indefinido.

Durante quanto tempo foi esta a forma da "Justiça" se manifestar?

E o que dizer do "direito divino", dos dogmas impostos por motivação religiosa, tudo isto representando a luta pelo poder, pela conquista e manutenção da riqueza tendo como argumento único o desejo de Deus, revelado por alguém a quem não se poderia jamais contestar, por ser "infalível".

Quantos massacres foram perpetrados sob os gritos de "Deus o quer", quantos foram supliciados com o argumento que assim sua alma seria salva, enquanto seus bens passaram para os "salvadores"?

A "Justiça" decorrente das crenças religiosas até hoje se constitui em seguro refúgio para os dominadores. Sempre foi e ainda é um excelente negócio vender terrenos no céu, pois jamais

alguém reclamou da escritura adquirida. Não é "justo" interferir na crença de alguém nos países ocidentais, de modo geral. Ao mesmo tempo, ser "infiel" perante certas religiões dá lugar a penas severíssimas em outros locais, e os noticiários estão plenos de exemplos aplicáveis aos dois comportamentos.

Os monarcas absolutistas, por delegação de Deus, eram a última palavra em relação ao entendimento do que era "justo" ou não. Interpretavam, criavam ou ignoravam leis de toda natureza, no exercício da procuração divina. Nobres e plebeus eram julgados segundo normas e tribunais diferentes, e isto durante muito tempo foi considerado "justo", mesmo muito depois do conhecimento da prática romana de que não haveria crime ou pena que não tivessem sido estabelecidos previamente.

Era "normal" ou "justo" que as penas mais severas fossem aplicadas ao regicídio e à contestação ao regime, fosse ele qual fosse.

O direito dos reis, as leis divinas, o poder moderador, os supremos interesses da nação, a suspeita posse de armas de destruição em massa, tudo isto e tantas outras expressões foram e são argumentos para a existência de algo acima da lei escrita ou consuetudinária, que seja. Em um sincero reconhecimento disto, atribui-se a Mao Tse Tung a expressão "todo poder emana do cano de um fuzil".

Com isto tudo se pode inferir que o que é "justo" ou "injusto" no âmbito de uma sociedade, será função bastante direta daquilo que concentra o poder naquele ambiente, estejam os integrantes daquele grupo humano satisfeitos ou não. O que dizer de constituições outorgadas ou impostas?

A concepção do equilíbrio entre os poderes dos regimes democráticos é a forma, nem sempre vitoriosa, de se evitar a concentração do poder em um dos braços de um governo, e desta maneira inibir a autocracia, a fluidez da justiça segundo a vontade de uma ou poucas pessoas ou entidades políticas, religiosas, econômicas ou militares.

Fruto da evolução dos grupos humanos, e particularmente após a Revolução Francesa, buscou-se estabelecer uma "práxis" de aplicação da Justiça.

Reforma ou criação de códigos, especialização do aparelho jurídico, admissão de recursos, obrigatoriedade e tipificação das provas, formalismo das práticas forenses, presunção da inocência, etc.

Busca-se humanizar a Justiça, burocratizá-la através de regras e processos, de forma a diminuir sua margem de erro e arbítrio. Mais modernamente dá-se maior relevo à recuperação, à ressocialização do condenado, ao afastamento do convívio social, do que ao castigo pelo ato praticado, do que à satisfação ao ofendido através dos padecimentos do ofensor. Cristianiza-se o código penal, a lei de execuções criminais. A Justiça tende para ser a do "perdão" e da recuperação e não mais a do castigo. O juízo natural "olho por olho, dente por dente" está ultrapassado.

Tomam relevo os chamados direitos humanos, em comparação aos entendimentos anteriores.

Passa a existir a internacionalização da Justiça, através de cortes destinadas a julgar crimes contra a humanidade, consintam ou não os acusados em se submeter a tais julgamentos, reconhecidos unanimemente ou não.

Estabelecem-se direitos segundo entendimentos sociológicos, teorias nem sempre aceitas ou provadas. Palavras passam a ter outros significados, de acordo com as opiniões dos defensores dessas idéias.

Por outro lado, considera-se, de forma aceita bastante amplamente, que não deve aquele que julga limitar-se a buscar o "lato sensu", ou o espírito da lei, aquilo que o legislador pensou estar claro e definido no texto que estabeleceu. Antes, deve ter ele (o juiz) a faculdade e a capacidade

de flexibilizar o entendimento da regra escrita de modo a adaptá-la aos fatos e pessoas sob julgamento. Através disto cria-se uma faixa de atuação, não mais uma linha a ser seguida.

Admite-se o "erro judicandi" ainda que flagrantemente contrário ao "veredicto" tecnicamente esperado, como algo decorrente da condição humana de quem julgou, e que não deve ser criticado ou revisto. Dele poderá haver apelação, mas não crítica, sob a pena de inibir a imparcialidade indispensável ao ato de julgar, pelo temor da desmoralização. Admite-se tal conceito, pois supõem-se a retidão do juiz, o não favorecimento a uma das partes, a incorruptibilidade, algo que felizmente apresenta poucas exceções, embora modernamente mais encontradiças ou menos veladamente praticadas.

Em suma, o Estado moderno (ou dito civilizado) atribui a si o dever e o poder de praticar a Justiça, coibindo o desforço pessoal como forma de obter reparação daquilo que alguém considera "injusto".

Para isto edifica um aparato físico (os tribunais), teórico (o conjunto de normas, direitos e leis) a que todos estarão sujeitos e equipado pelos denominados agentes da lei, que vão desde os policiais até o mais graduado tribunal, passando por sistemas investigatórios, notariais, advocatícios, prisionais, de controle, etc.

Considera-se, pois, que proverá o Estado, através de tal aparato, a satisfação daqueles que se julgam injustiçados. Esta intenção é expressa por símbolos que vão desde a imagem da deusa cega (para que seja imparcial), armada ("O direito sem espada não passa de discurso, e a moral sem vontade, de sonho vazio" - Rui Barbosa), de forma a fazer valer suas decisões, e empunhando ainda a balança, que há de pender para o lado do mérito, passam pela formalística dos trajes e do palavreado evocando a tradição, as normas aceitas, pela possibilidade de recursos aos não conformados, a ampla divulgação e direito de defesa, e até mesmo pelo proposital afastamento no tempo dos fatos e de seu julgamento, para arrefecimento dos ânimos e melhor entendimento do que for verídico ou não. Abomina-se a "Justiça do Povo", pela ampla possibilidade e facilidade de manipulação das massas que, sem maiores freios chegam aos linchamentos físicos ou morais.

Codifica-se, sistematiza-se a Justiça, através do Direito. Ao mesmo tempo é estreitada a sua amplitude, limitando-a ao que tiver sido estabelecido previamente pelo legislador, admitindo-o como intérprete e representante do desejo da população. Pairando acima de todas as leis, a Constituição, lei especialíssima, estabelecida por pessoas em princípio altamente capacitadas a elaborá-la, e de modificação dificultada pela indispensabilidade de elevado número de representantes de acordo para fazê-lo.

Tudo isto, em tese, cumprido, resultaria em elevado grau de satisfação reconhecida por aqueles que outorgam ao Estado o dever e a capacidade de representá-los em sua ânsia de justiça.

Disse acima do estreitamento da Justiça, através do Direito; neste aspecto evoco Bentham, em seus círculos concêntricos em que o mais interior e de menor área representa o Direito, envolvido por outro bem maior, o da moral, podendo a meu juízo envolvê-los ainda por outro, o da ética, tudo isto constituindo a justiça, em toda sua extensão e compreensão.

2. A Justiça e a Justiça Militar

O duelo de paixões, interesses, direitos (estabelecidos ou pretendidos), deveres (assumidos ou impostos), ou de crenças sempre leva a conflitos.

> Caim e Abel teriam incorrido neste fenômeno, em tempos bíblicos. O primogênito invariavelmente apresenta sinais de despeito quando do nascimento do irmão.
>
> Cada povo tem suas peculiaridades, suas circunstâncias. Quantas vezes se percebe o inconformismo de populações por ter Deus ou a natureza se enganado tanto, quando da

localização das fontes de petróleo no mundo? Ou da água ou o acesso aos mares ou a terras férteis?

Freqüentemente tais sentimentos, ainda que subjacentes, mal percebidos, são aflorados através do trabalho de líderes que se propõem a corrigir tantas "injustiças".

Como deixar grupos tribais prosseguirem vivendo de forma tão primitiva, longe da verdadeira fé, se podem vir a ser alcançados pelos braços da civilização, da religião eleita, mesmo que para isto tenham de ser submetidos contra a sua vontade às delícias do progresso, através do trabalho aviltante, insalubre, pessimamente remunerado (afinal, são praticamente selvagens, não?) da prostituição, da eliminação de sua cultura, tão pagã, tão incipiente? Se tiverem cor da pele diferente então, precisam ser "salvos" com urgência.

Muito mais se em seus territórios ocorrerem jazidas de minerais indispensáveis à manutenção dos confortos da civilização. Urge aperfeiçoar a obra de Deus! Deus o quer!

E assim tem sido em toda a história da humanidade. A busca de braços escravos, de alimento, de matérias primas, de almas a "salvar" deu lugar a uma série enorme de conflitos de expressão desde tribal até mundial.

As lideranças apresentam suas interpretações messiânicas para a trajetória de seus povos, seja através da superioridade racial, seja acenando com a reedição do sonho de um líder do passado, seja pelo dever de agradar a Deus através da conversão dos povos pagãos ou infiéis.

E assim tem sido, e o resultado são ou a submissão dos apáticos, ou os atritos que chegam aos conflitos armados.

Bem cedo perceberam os povos que urgia terem permanentemente preparados efetivos capazes de defender seus territórios, suas crenças, seus valores, seus integrantes, ou então para dar margem à consecução de seus objetivos de conquista, de consertar as "injustiças" da natureza ou da divindade. Surgiram então os exércitos, constituídos de profissionais das armas, homens dispostos a medir forças, derramar sangue (próprio ou preferencialmente dos adversários) em troca de um salário ou soldo, de alimentação, de armas, de permissão para matar por causas tão "justas", por possibilidade de aventura, de saque, de prestígio, de uniforme, de armas, de um lugar reservado no paraíso.

Eram e são aqueles que são objeto de uma conscrição considerada "justa" por aquela nação, ou voluntários, contagiados pela crença na causa, ou ainda mercenários, todos concordes em lutar em prol dos mais fracos, acovardados ou acomodados ou ainda dos manipuladores da vontade alheia em proveito próprio.

Assim tem sido, mas os povos também perceberam que os soldados, a quem se dá o direito e dever de matar, podem também ser extremamente perigosos e até se voltar contra os que deveriam ser defendidos ou representados.

São treinados, fortes, armados. Urge, portanto, que sejam submetidos a um conjunto de regras tais que os mantenham no estrito cumprimento dos deveres que lhes sejam apontados. Urge que sejam obedientes, conformados. Urge que tenham hierarquia e disciplina.

É preciso que tenham uma Justiça especial que, ao mesmo tempo em que aceite e até estimule o uso da força, não admita alterações na direção do seu emprego.

Será esta Justiça a guardiã essencial da hierarquia (obediência às ordens dos chefes) e da disciplina, sob o risco de virem a se tornar incontroláveis, dissociados das finalidades pelas quais foram criados ou admitidos, uma ameaça, ao invés de uma garantia.

Foi, pois, admitida desde as escritas cuneiformes até os nossos dias, esta Justiça diferenciada, muito mais voltada para deveres do que para direitos, peculiar ao considerar crimes gravíssimos fatos que fora do ambiente militar são não só tolerados, mas freqüentemente até considerados procedimentos normais.

O que deixa de comparecer ao emprego civil será, no máximo, demitido por justa causa, enquanto o que abandona a unidade militar é passível até mesmo de condenação à morte, se em tempo de guerra.

O civil que consome drogas no dia-a-dia será no máximo repudiado como inconveniente e considerado doente, com direito ao amparo do Estado, enquanto que, se o fizer em serviço militar, muito provavelmente será condenado, pelo risco que constitui em alterar seu comportamento quando armado ou quando dele se exige coesão e obediência, ainda que ínfima a quantidade de droga absorvida ou conduzida.

E assim vai a Justiça Militar ora surpreendendo alguns que a desconhecem, mesmo que profissionais de Direito, ora se empenhando em lembrar sua essencialidade para aqueles que, conscientemente ou não, esquecem a finalidade de se possuir forças armadas, seja por não se sentirem ameaçados, seja por julgar que, sendo amantes da paz, jamais serão atacados.

Entretanto, forças armadas não se improvisam, não podem ser convocadas às pressas, quando vierem a surgir ameaças. Isto é tão mais verdadeiro no mundo de hoje, em que as ações têm de suceder ou até mesmo vêm de ser simultâneas às decisões, sob pena de derrota. E o preço da derrota é extremamente alto, freqüentemente insuportável, irrecuperável. Uma nação não pode admitir tal hipótese sob a pena de perder suas riquezas, sua cultura, seus valores, suas crenças. Por mais que se queira a paz, faz-se necessário dela cuidar permanentemente. É mister, pois, ter forças armadas em condições de fazer face aos desafios decorrentes daquilo que, possuído, passa a ser objeto da cobiça de outrem.

E forças armadas não obedientes às normas da hierarquia e da disciplina não só não poderão de nada servir para o objetivo que se pretende, como poderão vir a ser uma ameaça tão terrível quanto a estrangeira.

É fundamental que sejam embasadas nos ideais patrióticos, que estejam convencidas das razões por que terão que lutar, se necessário; que não admitam estar de pé no momento em que sua bandeira vier a ser substituída por outra, que considerem um privilégio os seus integrantes não mais estarem vivos se tal desgraça viesse a ocorrer.

Que cada soldado esteja de acordo em colocar o peito à frente da bala que de outra maneira viesse a atingir a quem lhe delegou a missão de defendê-lo.

Que concorde com a necessidade de treinamento contínuo, de canseiras sucessivas, de noites seguidas em claro, alerta, em vigília do sono alheio, mesmo que em tempo de paz.

Que abdique de sua individualidade em proveito do grupo a que pertencer, seja ele no meio militar, seja no âmbito nacional.

Que admita violar seus princípios, temores, formação familiar ao aceitar tirar a vida de outrem, desconhecido, em favor da vida de outros, igualmente desconhecidos.

Que aceite o ferimento, a mutilação, ou mesmo a morte, em troca do reconhecimento de sua bravura, dos cuidados que merecerá (por justiça!) ou do apoio que seus sobreviventes receberão em troca de sua saúde ou sua vida.

Que não se revolte com as transferências sucessivas, quantas vezes para lugares inóspitos, expondo a si e aos seus à solidão, à doença e nisto encontre uma razão para persistir e viver cumprindo o que lhe é apontado como dever.

Que acredite quando lhe digam que é "superior ao tempo", ainda que intensos sejam o frio ou o calor, inclemente a chuva, e precários seus agasalhos e abrigos.

Que isto tudo e muito mais que lhe é exigido seja aceito sem que lhe cause a sensação de injustiça, aquela atávica, decorrente do não recebimento do que é devido na relação causa-conseqüência, intuitiva, natural, essencialmente humana.

Posto que, se assim não for, se se instalar a revolta, a indisciplina, o desrespeito à hierarquia, qualquer coisa capitulada no Código Penal Militar, é essencial que o desvio seja corrigido com presteza, sob pena de o mal se alastrar, o pânico se instalar, o motim subjugar as regras estabelecidas. Que a Justiça própria do soldado corrija o militar infrator, pois ela é exercida através de iguais, de pessoas que assumiram os mesmos compromissos situados nos círculos mais exteriores do esquema de Bentham, caso contrário não se fará justiça.

É fundamental que estes juízes também tenham igualmente abdicado dos direitos humanos que amparam as pessoas comuns, não fardadas. Que saibam o que é não desfrutar do repouso das demais categorias profissionais, que tenham aberto mão do direito livre de ir e vir, e tenham já seguido para onde lhes foi mandado, ainda que não o desejassem. Que tenham percebido o aceno da morte na explosão próxima, no salto de bordo de uma aeronave, no trajeto por local desconhecido, cheio de ameaças de toda natureza à saúde física e mental, nas jornadas extenuantes, na alimentação precária, na água de potabilidade desconhecida, na profundeza do mar, na altura e velocidade incrível de um avião nem sempre o mais seguro, por rotas pioneiras.

3. Forças Armadas e o Combate ao Crime

Em decorrência do conceito de que não há crime ou pena sem que previamente codificados, desde sempre observou-se o avanço das atividades criminosas em relação às reações legais a elas. É fértil a criatividade do crime, busca sempre as brechas da legislação para usufruir a impunidade. Leva tempo para que, sob a democracia, os legisladores criem a reação às novas modalidades de crimes.

Enquanto o transgressor goza de certa liberdade de ação, prendem-se os formuladores das leis em um emaranhado de outras leis, princípios, direitos estabelecidos, cláusulas pétreas, atuação de ONGs e grupos que temem vir a ser seus privilégios, bandeiras e objetivos ameaçados por novas regras, novas penas.

Quando se cogita em diminuir a idade de responsabilidade penal, uma vez que ser "de menor" assegura um elevado grau de não punibilidade, (o que leva os marginais maiores a colocarem os mais moços como anteparo às suas ações), tal aspiração sofre intensas reações vindas de inúmeras direções, nem todas bem intencionadas.

Se pode o menor, a partir dos 16, votar, eleger seus candidatos, dirigir veículos, isto se torna bastante relativo para aqueles que asseguram que em vésperas da maioridade penal o jovem ainda não tem discernimento do que é certo ou errado.

Alguns países estendem o "longo braço da lei" para alcançar idades bem mais tenras. E por que será assim? Por ignorância daquilo que os nossos sociólogos, psicólogos, defensores de direitos da criança e do adolescente sabem tão bem? Ou será por julgarem ser obrigação do Estado dar uma satisfação ao ofendido, mesmo que o ofensor seja menor de idade? Qual dos dois exerce melhor o dever de assegurar a justiça?

O que dizer do costume de denominar jovens transgressores adolescentes, pais e mães de filhos, armados, drogados, treinados no crime, de "crianças"?

Como interpretar o dedo acusador que aponta para a sociedade que trabalha, que estuda, que coíbe suas próprias ambições em obediência à lei, atribuindo a esta sociedade as culpas pela existência dos desvios, da insensibilidade, do cinismo, da crueldade?

Como aceitar a condenação pelo fato de ter-se sentido injustiçado, pelos que cumprem as regras sociais? E a manipulação do significado das palavras, para dar nova feição à legislação de interesse, além do denominado "politicamente correto".

Relativa-se a lei, fragiliza-se a Justiça?

Interesses políticos deram lugar à criação de verdadeiros santuários do crime, onde o Estado não tem como atuar. Proibiu-se a polícia de entrar nesses locais, normalmente favelas, onde se desenvolveu e cresceu o poder paralelo exercido principalmente pelo tráfico de drogas que, pelos valores envolvidos, deram lugar ao contrabando de armas poderosas e a uma enorme capacidade de corromper os agentes da lei, e até mesmo, de apoiar financeiramente candidaturas que, em troca, proporcionam-lhes maiores fatias de poder e impunidade.

Ao mesmo tempo, atenua-se o apenamento do usuário da droga, o que assegura o mercado e os elevados lucros, mantendo e ampliando todo o sistema.

É de tal ordem a liberdade de ação dos organizados criminosos, que a população entrou em defensiva, encerrou-se atrás de grades e firmas de segurança, atividade bastante lucrativa e subsidiária da situação de medo em que se sentem as pessoas de bem. Como o cardume atacado por predadores, a esperança de cada indivíduo reside na esperança que a estatística o favoreça, e não caiba a si a vez de ser devorado, assaltado, violado, dilapidado. E deste desespero resulta o desejo de que as forças armadas venham a atuar e trazer de volta a segurança, a justiça.

A este desejo natural não corresponde o conhecimento da forma de atuação da força armada, nem a disposição para mudar o quadro legal/institucional que admite e até facilita a atividade criminosa. Se o soldado é treinado para subjugar o inimigo, e se este não obedecer, até mesmo a matá-lo, como fazer com que consiga prender incólume, o adversário? Se é dever do soldado manter-se vivo para cumprir a missão presente e as futuras, como admitir que não faça uso de todas as possibilidades do armamento com que é adestrado, quando alvejado por bandidos bem armados e posicionados em vantagem, exímios conhecedores dos labirintos que constituem qualquer desses locais de homizio?

Como evitar o atingimento de inocentes em áreas exíguas e tão densamente povoadas?

Como proceder a todo ritual legal quando do ato de prender alguém de que se conhece apenas um apelido, e de endereço indefinido no universo de becos e ruelas?

Como garantir a incolumidade do soldado que, encerrada a missão, volta para a mesma comunidade miserável onde reside? Muitas vezes o policial, em idêntica situação, rende-se à adesão, ainda que veladamente, ao crime, sendo um informante ou até mesmo cúmplice, fazendo vistas grossas, alertando para ações ou até mesmo comungando da atividade ilegal nas horas de folga. Caso contrário, como assegurar a vida própria e a dos seus?

Como evitar que o esforço no sentido de deter um criminoso seja quase imediatamente frustrado por sua soltura amparado por leis e advogados que o beneficiam?

Como impedir que uma área "limpa" da liderança marginal não venha a ser imediatamente ocupada por sucessores ou adversários, igualmente criminosos, face à ausência da autoridade e manutenção das condições de miserabilidade, caldo de cultura do crime?

Como assegurar a um soldado a observação justa da complexidade de sua atuação, de modo a não colocá-lo no banco dos réus por uma legislação que absolutamente não o ampara neste tipo de missão?

Em outros tempos o investigador de polícia subia sozinho o morro, de terno branco, dava voz de prisão ao "malandro" armado, no máximo de uma navalha, e o trazia para a delegacia onde ficava à disposição do delegado "para averiguações". Se o bandido reagisse, era conduzido sob pescoções ou a poder de cassetete, e isto era natural, "justo".

Este tempo passou, hoje em dia a polícia lá não vai, a não ser com forte aparato, quase sempre não surpreendendo ninguém, face ao "vazamento" da informação. Os bandidos, se lá ainda estiverem, (sendo raríssimo que os chefes permaneçam) reagem com meios poderosos, enquanto

buscam proibir que o blindado "caveirão" possa ser empregado, através de obstáculos físicos ou da condenação pela mídia.

Tudo isto, e tanto mais, são paradoxos com que se debate a Justiça, ao mesmo tempo submetida aos reclamos da sociedade e manietada pelas regras que constituem o Direito em vigor.

É novidade isto? Certamente que não.

Jhering e Croce já descrevem o chamado "Cabo das Tormentas da Ciência Jurídica", os conflitos entre o homem e o cidadão, as leis escritas no coração dos homens, mas nem sempre redigidas.

Não está à vista o momento em que se escreverá da mesma forma a justiça (sentimento atávico, baseado na moral e na ética) e Justiça (conjunto de leis, procedimentos, direitos e deveres devidamente codificados).

Até lá fica a esperança de que os homens da lei não busquem tão somente nela se refugiar para poder lavar as mãos, como fez Pilatos.

Do Direito Penal Militar

HC 81.438 (STF). Co-Autoria. Militar e Civil. Crime Propriamente Militar

Celio Lobão*

O motivo de expor nossa discordância à decisão proferida pelo STF no HC 81.438 é o receio da adoção da tese defendida no acórdão, que terá como conseqüência julgamento de civil na Justiça Militar pela prática de delito que, desde Roma, passando pelo direito imperial brasileiro, somente pode ser praticado por militar. A mesma Corte Suprema, no século XIX, já proclamava que se entende "por crimes puramente militares aqueles que eram cometidos por militares e ofensivos das leis militares" (Acórdão nº 406). Puramente militares, como se sabe, são os crimes propriamente militares.

Se o acórdão entende que o civil pode praticar crime propriamente militar em co-autoria com militar, e considerando que a Constituição autoriza a prisão nos casos de crime propriamente militar (art. 5º, LXI), a autoridade da polícia judiciária militar pode, perfeitamente, entender que, segundo o acórdão ora examinado, está autorizada a determinar a prisão do autor militar e do co-autor civil, no crime propriamente militar. No entanto, ao prender o civil, em conformidade com esse entendimento, a autoridade militar responderá na Justiça comum pelo crime de abuso de autoridade!

A espécie tratada no acórdão era de civil denunciado na 1ª Auditoria da 1ª CJM como co-autor de crime propriamente militar, de violência contra inferior hierárquico. O STF indeferiu o pedido de *habeas corpus*, embora a decisão indicada seria trancar a ação penal militar contra o civil, e determinar a separação de processos, com a remessa à Justiça comum do feito relativo ao civil. A ementa do acórdão está assim redigida: "Embora não exista hierarquia entre um sargento e um funcionário civil da Marinha, a qualidade de superior hierárquico daquele em relação à vítima, um soldado, se estende ao civil porque, no caso, elementar do crime. Aplicação da teoria monista. Inviável o pretendido trancamento da ação penal. Habeas indeferido" (HC 81.438, Rel. Min. Nelson Jobim, 2ª T, julg.: 21.10.02).

Consta do acórdão: "É a aplicação da teoria monista, unitária ou igualitária, em que as circunstâncias de caráter pessoal se comunicam, se elementares do crime (CPM art. 53, § 1º). No caso, a qualidade de superior hierárquico do sargento co-réu, estende-se ao paciente", isto é, ao civil!

Oportuna a crítica de Basileu Garcia a respeito da regra da comunicabilidade das circunstâncias de caráter pessoal quando elementares do crime: "pode-se sustentar, com êxito, a tese de que cometeria infanticídio todo aquele que, de qualquer modo, concorresse para o crime do art. 123, embora não militando em seu favor a condição personalíssima – a qualidade de mulher, de mãe, de parturiente, de puérpera – que justifica o regime de excepcional benignidade dispensado à autora natural da infração"[1]

Quanto à teoria monista ou unitária, que serviu de fundamento da sujeição do civil à Justiça Militar pela prática de crime propriamente militar, em co-autoria, lembramos que a teoria monista como as demais teorias negativas, "conflitam com o Direito penal pátrio. Desconsideram ademais, que cada um dos participantes deve ser punido na medida da sua culpabilidade. Permitem, de outro lado, o uso autoritário do Direito penal. Não foi por acaso que o nazismo adotou a teoria unitária". Além do mais, a teoria monista ou unitária comporta exceções, as

* Juiz-Auditor Corregedor da Justiça Militar federal, Aposentado

[1] **Instituições de Direito Penal**, vol. I, tomo I, pág. 382, 1976

denominadas exceções pluralistas: "Exemplos: quem faz o aborto com o consentimento da gestante responde pelo delito previsto no CP art. 126; já a gestante que consentiu está incursa no art. 124; quem oferece dinheiro para funcionário público (corrupção ativa), responde pelo delito previsto no CP, art. 333; já o funcionário que aceita está sujeito à sanção do 317 (corrupção passiva)".[2] Ora, se são cabíveis essa e outras tantas exceções, como eleger a teoria monista ou unitária como determinante para que o civil responda em co-autoria, na Justiça Militar, pela prática de crime propriamente militar, atropelando a própria Lei Fundamental?

Em primeiro lugar, a competência da Justiça Militar para julgar o civil por crime de violência contra superior, passa bem longe da teoria monista ou unitária, que serviu de alicerce, aliás, debilitado, para o acórdão. Teoria monista ou unitária não se sobrepõe à competência penal constitucional dos órgãos do Poder Judiciário, não se sobrepõe à competência constitucional da Justiça Militar. Em segundo lugar, civil não responde como autor nem como co-autor de crime propriamente militar, que tem o integrante das Forças Armadas como sujeito ativo exclusivo. No crime propriamente militar, a lei penal castrense tutela as instituições militares, no aspecto particular da disciplina, da hierarquia militar, que não sofrem ofensa por parte do civil. A jurisdição especializada somente alcança o civil em caráter excepcional, subtraindo-o de seu Juiz natural civil, nos crimes impropriamente militares.[3]

No entanto, segundo o acórdão, o civil pode ingressar como co-autor de crime propriamente militar. Em rápido estudo do crime propriamente militar, desde o direito romano, sua fonte primitiva, mas passando, antes, pelo direito penal especial e comum, concluímos pelo equívoco da "aplicação da teoria monista" para justificar a submissão do civil à Justiça castrense pela co-autoria de crime propriamente militar, repetimos, sobrepondo-se à competência constitucional da Justiça Militar.

O direito penal é dividido, doutrinariamente, em especial e comum, e dentre as diversas correntes que procuram extremá-los, citamos aquela liderada, no Brasil, por Frederico Marques e seguida, além de outros, por Damásio de Jesus que expõe: "critério para essa diversificação está no órgão encarregado de aplicar o direito objetivo. Como escreve José Frederico Marques, direito comum e direito especial, dentro do nosso sistema político, são categorias que se diversificam em razão do órgão que deve aplicá-los jurisdicionalmente. Este é o melhor critério para uma distinção precisa, pelo menos no que tange ao direito penal: se a norma objetiva somente se aplica por meio de órgãos especiais constitucionalmente previstos, tal *norma agendi* tem caráter especial; se a sua aplicação não demanda jurisdições próprias, mas se realiza pela justiça comum, sua qualificação será a de norma penal comum". Prosseguindo, acrescenta Damásio que, no "Brasil, o Direito Penal Militar pode ser indicado como Direito Penal especial, pois a sua aplicação se realiza por meio da justiça penal militar."[4]

Segundo entendemos, classificar o direito penal especial em função do órgão judiciário encarregado de aplicar o direito objetivo demonstra evidente confusão entre direito penal especial e direito processual penal especial, talvez em razão de existir, igualmente, Direito Processual Penal comum e Direito Processual Penal especial, que se diversificam porque, como afirma com muita propriedade Romeu de Campos Barros, o "primeiro é aquele que se aplica a todos os sujeitos, regulamentado pela legislação geral, enquanto que o segundo resulta de uma legislação especial, *intuitu personæ* ou *ratione materiæ*, tendo uma esfera de aplicação limitada."[5]

---

[2] Flavio Gomes e Pablos de Molina, **Direito Penal**, vol. 2, págs. 495, 510 e 511

[3] Celio Lobão, **Direito Penal Militar**, 3º ed., pág. 87

[4] Damásio de Jesus, **Direito Penal**, 1 vol., pág. 8, Saraiva, 1982.

[5] **Sistema do Processo Penal Brasileiro**, vol. I, pág. 9

Prosseguindo o ilustre processualista penal, de forma precisa, distingue: "o processo penal especial se contrapõe ao processo penal comum, apresentando modificações na estrutura do procedimento ou em razão do órgão judiciário encarregado do julgamento, ou, ainda, em função da tutela jurídica de direito material; e, finalmente, tendo em consideração a própria situação subjetiva dos sujeitos processuais". Esclarece, ainda, que "o ordenamento processual vigorante apresenta, com distinção em características próprias, tendo em vista o bem jurídico tutelado pelo direito material e a especialidade do órgão jurisdicional perante o qual se desenvolve o processo, o direito processual penal militar e o direito processual penal eleitoral. Ambos são regulados por legislação especial e aplicados por uma justiça também especial."[6]

Finalmente conclui que "a especialidade do processo pode não levar em conta a especialidade da Justiça. Assim, numa outra divisão, vamos encontrar normas de processo reguladas nas chamadas leis extravagantes, estabelecendo procedimentos especiais para determinadas infrações penais, mas que são aplicadas pela justiça comum".[7]

Logo, se a justiça especial não serve de critério único e determinante do processo penal especial porque, como vimos, na justiça comum pode, igualmente, tramitar processo penal especial, com muito mais razão não serve para extremar o Direito Penal comum, do Direito Penal especial, mesmo porque, como acentua o destacado processualista, a especialização do direito processual penal militar, a exemplo do direito penal especial, não resulta da especialidade do órgão jurisdicional e sim do bem jurídico objeto da tutela penal.

Expõe Frederico Marques: "Crime, sanção penal e a respectiva ligação, eis o objeto do Direito Penal; jurisdição, processo e resolução da lide penal, eis o objeto do Direito Processual Penal".[8] Logo, se têm objeto próprio, um trata do "crime, sanção penal e a respectiva ligação", o outro, da "jurisdição, processo e resolução da lide penal", como é possível incluir-se no objeto do último a classificação do primeiro como Direito Penal especial? Como diz Magalhães da Rocha[9], "a separação nítida dos conceitos de tipos de ilícitos e de jurisdição" torna inaceitável a mencionada corrente doutrinária.

Acentua Nilo Bastista: "Dos delitos comuns ou gerais (*delicta communia*) que podem ter como autores quaisquer pessoas, distinguem-se os delitos especiais (*delicta propria*; Sonderdelikte), nos quais o círculo possível de autores é restringido por uma qualificação legal; nos delitos especiais". Prosseguindo, cita Olivares: "solamente pueden ser autores principales un número determinados de indivíduos."[10] No crime propriamente militar, "o círculo possível de autores é restringido", nele só ingressam os militares da ativa, como resulta da norma constitucional (art. 5º, LXI, *in fine*), e que não pode sofrer ampliação da lei ou da jurisprudência para alcançar o civil, sob pena de grave violação ao princípio constitucional do juiz natural.

Buscando os ensinamentos sempre valiosos do mestre maior do Direito Penal Militar, Esmeraldino Bandeira distinguia: "Crime comum ou de direito comum é o que consiste na violação dos deveres gerais impostos pela lei penal a todos os indivíduos indistintamente. Crime especial é o que resulta da infração de certos deveres impostos pela referida lei a determinadas pessoas em virtude de uma situação, de um cargo ou de uma profissão; deveres que assim existem para uns e não existem para outros."[11] No mesmo diapasão, em seu magistério, sempre atual, João

---

6 Romeu de Campos Barros, op. cit., vol. II, págs. 206 e 207

7 Campos Barros, op. cit, , vol. II, pág. 208

8 **Tratado de Direito Processual Penal**, 1º vol., pág. 34, Saraiva, 1980

9 Revista do STM, nº 1, pág. 203

10 **Concurso de Agentes**, pág. 94, 3ª ed.

11 **Direito, Justiça e Processo Militar**, pág. 17

Mendes, extremava o crime comum do crime militar (especial), que denomina delito próprio: "o termo comum tem como correlativo oposto o termo próprio. Assim, *delictum commune, delictum proprium* - eram expressões usadas pelos clássicos como correlativos opostos"[12].

Sem divergir, expõe Nelson Hungria: "*Crimes comuns e especiais* (ou próprios...): *comuns* são os que podem ser praticados por qualquer pessoa; *especiais* os que pressupõem no agente uma particular qualidade ou condição pessoal, que pode ser de cunho social (ex.: funcionário público, militar, comerciante, empregador, empregado, médico) ou *natural* (mulher, mãe, ascendente, descendente). Assim, são crimes *especiais* os *funcionais*, ou puramente *militares*, o crime falimentar próprio, a parede (greve), o auto-aborto, o infanticídio, o crime do art. 302, o abandono de família" (grifos do texto).[13]

O saudoso jurista Heleno Fragoso ensina de maneira concisa: "o direito penal comum é o que se aplica a todos os súditos indistintamente. Especial é o que se aplica apenas a uma classe ou categoria em que se acham. Perante nossa legislação, é Direito Penal especial o Direito Penal Militar".[14]

Para concluir, o Direito Penal Militar é direito especial, não porque é aplicado por uma justiça especial, a Justiça Militar, mas em razão do "bem jurídico tutelado pelo direito material", resultando na "especialidade do órgão jurisdicional perante o qual se desenvolve o processo". Em razão do bem jurídico tutelado vem inserida na Lei Maior, precisamente em normas processuais penais constitucionais, a especificação dos órgãos jurisdicionais competentes para aplicação do direito penal especial: Direito Penal Militar. Com efeito, dispõe o art. 124, que compete à Justiça Militar processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

O sujeito ativo do crime propriamente militar, o integrante das Forças Armadas, vem indicado no inciso LXI, do art. 5º, que autoriza sua prisão pela autoridade da polícia judiciária militar. Acrescente-se a divisão constitucional de crime propriamente militar e de crime impropriamente militar. O dispositivo constitucional ao adotar a citada divisão, consagrando a orientação doutrinária e a legislação de antanho, indica, claramente, que somente o militar pode ser sujeito ativo do crime propriamente militar, nunca o civil. A ele não se sobrepõe teoria monista ou unitária. Antes de prosseguirmos no exame do HC 81.438, faremos, em apertada síntese, breve estudo do crime propriamente militar e dos sujeitos ativos do delito.

O crime militar não era desconhecido do Direito Romano, onde a violação do dever militar alcançou noção jurídica perfeita e científica, o que se explica porque Roma conquistou o mundo com o vigor da disciplina militar.[15] Os jurisconsultos romanos legaram ao mundo a noção de crime propriamente militar. No Digesto, Livro XLIX, Título XVI, L. 2, vem expresso o conceito de delito militar próprio (delito propriamente militar), que era cometido pelo militar nessa qualidade (*proprium militari est delictum quod quis uti miles admittit*). Ainda na mesma L. 2, segundo Esmeraldino Bandeira, consta que os delitos do militar ou são próprios ou comuns: e daí o processo ou é próprio ou comum (*Militum delicta sive admissa, aut propria sunt, aut cum cæteris communia: unde et persecutio auto propria, aut communis est*). Finalmente, a L. 6 define como militar todo delito cometido contrariamente ao que exige a disciplina, tal como o crime de negligência, de contumácia ou de desídia (*Omne delictum est militis, quod aliter, quam disciplina communis exigit, committitur, veluti segnitiæ crimen, vel contumaciæ, vel desidiæ*).

---

[12] **O Processo Criminal Brasileiro**, pág. 79, 4ª ed.

[13] (Nelson Hungria, **Comentários ao Código Penal**, vol. I, t. II, págs. 53 e 54

[14] **Lições de Direito Penal, Parte Especial**, pág. 5

[15] Cfr. Pietro Vico, Dir. Pen. Mil., pág. 5

O crime propriamente militar "dizia respeito à vida militar, considerada no conjunto da qualidade funcional do agente, da materialidade especial da infração e da natureza peculiar do objeto danificado, que devia ser - o serviço, a disciplina, a administração ou a economia militar." O crime impropriamente militar surgiu da necessidade da permanência das legiões em armas, para segurança de Roma e domínio dos povos conquistados e consistia no "delito que não afeta imediatamente o dever, a disciplina ou a obediência militar."[16]

Segundo Carlos Colombo, Vico esclarece que a L. 6, diversamente da L. 2, não se refere ao delito comum cometido pelo militar, e sim a outras hipóteses de deveres militares próprios dos militares, distintos das normas gerais da disciplina comum, deveres esses impostos exclusivamente aos militares, que só eles têm e, portanto, somente eles podem violar, "cometiendo los respectivos delitos así: cobardía, deserción, sedición, violación de consignas, mutilación, etcétera, todos ellos delitos exclusivamente militares".[17]

O mesmo Carlos Colombo acrescenta que Milazzo identifica, na L. 6, de *re militari*, as infrações exclusivamente militares, indicadas pelas expressões *segnitia*, *contumacia* e *desidia*. A primeira compreende a cobardia, a deserção, a tentativa de suicídio e a mutilação com o propósito deliberado de subtrair-se à milícia. A contumácia consiste na recusa de obediência, na insubordinação, no motim, na revolta e na violação de senha.[18] Segundo o mesmo autor, Vico lamenta que a noção romana do crime militar, no duplo aspecto de lesão objetivamente militar (L. 2) e de lesão exclusivamente militar (L. 6), tenha-se perdido com o tempo, reaparecendo com a revolução francesa, de forma imperfeita, mas como dizem os doutrinadores, nos quais se inclui o próprio Pietro Vico, o período moderno do direito penal militar começou com a Revolução Francesa (1789).[19]

A doutrina brasileira seguiu a definição dos legisladores romanos, com destaque para Esmeraldino Bandeira, mestre do Direito Penal Militar brasileiro. Escreveu o jurista pátrio, ainda na primeira década do século passado, "os crimes propriamente militares são os que consistem nas infrações específicas e funcionais da profissão do soldado". Prosseguindo esclarece: "para formular essa definição fizemos funcionar o critério ratione materiæ, caracterizando o delito militar pela violação do dever funcional". Finaliza enfatizando, "essa é a única espécie de delito que deveria ser considerada militar".[20]

Com a mesma orientação, outro jurista não menos ilustre, Crysólito Gusmão, escreveu, igualmente no início do século passado, que a definição romana de crimes própria e impropriamente militares "é, certamente, a mais aceitável; poucas diferenças fazem no fundo as definições dadas hodiernamente, dos crimes propriamente militares". Prossegue: "o grupo específico dos crimes propriamente militares é constituído por infrações que prejudicam os alicerces básicos e específicos da ordem e disciplina militar, que esquecem e apagam, com o seu implemento, um conjunto de obrigações e deveres específicos do militar, que só como tal o pode infringir".[21]

Sem divergir da doutrina pátria, o voto proferido pelo Ministro José Higino, do Supremo Tribunal Federal, no Acórdão nº 406, segundo o qual, "durante o período da regência entendia-se por crimes puramente militares aqueles que eram cometidos por militares e ofensivos das leis militares. Não era militar todo o crime cometido por militares, mas somente os que importavam violação dos deveres que incumbem aos indivíduos alistados no exército ou na armada. Que tal

---

[16] Esmeraldino Bandeira, **Direito, Justiça e Processo Militar**, 1º vol., pág. 26/27

[17] Carlos Colombo, **El Derecho Penal Militar y la Disciplina**, págs. 114/115

[18] op. cit., pág. 115

[19] Pietro Vico, **Diritto Penale Militare,** pág. 51, 1917

[20] Esmeraldino, **Dir., Just. e Proc. Militar**, 1º vol., págs. 30/31

[21] Crysólito de Gusmão, **Direito Penal Militar**, págs. 43 e 45

era a inteligência daquela expressão da lei bem o mostra a provisão de 20 de outubro de 1834, a qual reputa crimes meramente militares todos os declarados nas leis militares e que só podem ser cometidos pelos cidadãos alistados nos corpos militares do exército e armada...".[22]

Ratificando o entendimento supra, expõe João Mendes: "Todo o crime supõe um ente humano, uma intenção dolosa, um fato punível, mas há crimes que, além desses elementos essenciais, comuns, são caracterizados por atributos próprios do agente, atributos que os distinguem e individualizam. Assim, por exemplo, os crimes de deserção, indisciplina e outros puramente militares - não são crimes comuns, são próprios da classe militar, por isso que o homem, sem a qualidade de militar, não pode cometê-los".[23]

Sem divergência, Edmundo Lins: "essencialmente ou propriamente militares, isto é, os que só pelos soldados podem ser cometidos, por consistirem em infração específica e funcional da profissão militar, de sorte que nunca podem ser crimes comuns".[24] Mais recentemente, afirma o magistrado da Justiça Militar federal, Frederico Magno de Melo Veras: "uma abordagem atual da distinção entre crime militar próprio e crime militar impróprio é interessante manter a definição romana no sentido de que o crime próprio tem como agente único o militar, pois diz respeito a condutas delitivas só imputáveis ao agente que detenha essa qualidade"[25]. O autor prefere nomenclatura diversa: crime militar próprio, em vez de crime propriamente militar; crime militar impróprio, em vez de crime impropriamente militar. Na doutrina estrangeira, o ilustre jurista argentino, Carlos Colombo, afirma que, dentre os crimes militares, há os que constituem "violação de um dever militar que, por esse motivo, somente pode vincular o militar".[26]

Posteriormente, expõe Nelson Hungria, ao referir-se ao Dec-lei 394, de 28 de abril de 1938, que tratava da extradição, "puramente militares são crimes próprios dos militares, isto é, que só por estes podem ser praticados".[27]

Como se vê, através do tempo, a melhor doutrina não divergiu. Somente o militar pode praticar crime propriamente militar e não, também, o civil. Sem se apartar do conceito de crime propriamente militar, legado pelos romanos, a Suprema Corte, ainda na primeira metade do século passado, precisamente em acórdão datado de 30 de maio de 1925, decidiu: "crime propriamente militar é o que só por militares pode ser cometido, isto é, o que constitui uma infração específica e funcional da profissão do soldado".[28]

Dentre as decisões do STF recentes, citamos, como exemplo, a proferida no HC 68.501: "Competência originaria do Supremo Tribunal Federal. Coação decorrente de decisão do Superior Tribunal Militar, proferida em '*habeas corpus*' e transitada em julgado. Crime praticado por militar e civil, em co-autoria. Continência de causa - cumulação subjetiva entre crime comum e militar (art. 100, 'a', CPPM., art. 77, do CPP). Hipótese em que não se justifica a unidade de processo e julgamento (art. 102, 'a', CPPM., e o art. 79, I, do CPP). Competência da jurisdição castrense para o julgamento do militar e da jurisdição comum para o civil" (Rel., Min. Paulo Brossard, 2ª T. julg.: 10.09.91).

Diz o voto do ilustre Relator: "Quanto à preliminar de conhecimento levantada no parecer do Ministério Público, entendo que, em se tratando de incompetência 'ratione materiae' que

---

22 *in* João Mendes, **Processo Criminal Brasileiro**, vol. II, pág. 84/85

23 **O Processo Criminal Brasileiro**, 4ª ed., pág. 79

24 *in* Homero Prates, **Código de Justiça Militar**, pág. 8

25 **Culpabilidade nos Crimes Propriamente Militares**, pág. 44

26 **El Derecho Penal Militar y la Disciplina**, pág. 123

27 Nelson Hungria, **Comentários ao Código Penal**, vol. I, Tomo I, pág. 186

28 *in* Virgílio Carvalho, **Código Penal Militar Brasileiro**, pág. 21

induz a nulidade absoluta, é possível, mesmo após o trânsito em julgado da decisão, impetrar '*habeas corpus*' originário perante o Supremo Tribunal Federal; o que não seria admissível, nessa hipótese, é veicular nulidade relativa".

Por oportuno, acrescentamos o voto do Ministro Celso de Mello, proferido no HC 81.963, aplicável à submissão do civil às cortes castrenses pelo crime propriamente militar: "A tentativa de o Poder Público, arbitrariamente, fora das estritas hipóteses legais, pretender sujeitar, a Tribunais Castrenses, em tempo de paz, réus civis, fazendo instaurar, contra eles, perante órgãos da Justiça Militar da União, procedimentos de persecução penal, por suposta prática de crime militar, representa clara violação ao princípio constitucional do juiz natural (CF art. 5º, LIII)". Ainda do mesmo voto: "Não se pode deixar de reconhecer, neste ponto, o caráter anômalo da submissão de civis, notadamente em tempo de paz, à jurisdição dos Tribunais e órgãos integrantes da Justiça Militar da União, por suposta prática de crime militar, especialmente se se tiver em consideração que tal situação reveste-se de excepcionalidade inquestionável". Repetindo, acrescentamos, por suposta prática de crime propriamente militar, com grave violação ao princípio constitucional do juiz natural. É o que acontece com o decidido no HC 81.438.

No STM, predomina o entendimento de que somente o militar pratica o crime propriamente militar, nunca o civil. À título de exemplo, trecho de acórdão do STM: "Não é possível processar-se e julgar-se um civil por crime propriamente militar, ou seja, aquele cujo cometimento só se dá por parte de militar" (HC 032966-8/1993, Rel. Min. Wilberto Luiz Lima).

Ao decidir pelo prosseguimento do feito relativo ao julgamento do civil como co-autor do crime de violência contra inferior hierárquico, violando a Constituição, o acórdão não atentou para mais um elemento subjetivo do delito de violência contra superior ou inferior. Como afirma Luiz Vicente Cernicchiaro: "A infração penal não se esgota no aspecto objetivo da conduta; impõe-se não esquecer o plano subjetivo que orienta e define a vontade na modificação do mundo físico". Continua: "Somente estará configurada a co-autoria, e por isso, a unidade de crime com pluralidade eventual de agentes, se houver identificação do elemento subjetivo daqueles que deram causa ao evento", portanto, "a unidade de crime só ocorre havendo homogeneidade do elemento subjetivo"[29].

No crime de violência contra superior ou inferior, ao lado do elemento subjetivo, isto é, a vontade orientada para a prática da violência, a lei exige um plus, o dolo da violência contra sujeito passivo específico: o superior hierárquico ou o inferior hierárquico. Resulta do disposto no inc. I, do art. 47, do CPM, segundo o qual deixa de ser elemento constitutivo do crime, a qualidade de superior ou a de inferior, quando não conhecida do agente. Se era desconhecida a qualidade de superior ou de inferior da vítima, conclui-se que o ato ilícito não se dirigia contra militar com essa qualidade.

Logo, se houver dolo na violência e dolo na prática do ato ilícito contra superior ou inferior hierárquico, autor e co-autor militares responderão pelo delito de violência contra superior ou inferior hierárquico, conforme o caso. Mas, se o co-autor desconhece a qualidade da vítima, portanto ausente o dolo de praticar violência contra superior ou inferior hierárquico, não há unidade de crime. O autor será processado e julgado pelo crime do art. 157 ou 175, conforme o caso, enquanto o co-autor responderá pelos atos praticados, se encontrarem definição em outro artigo da lei penal militar, ou, caso contrário, estará sujeito à sanção disciplinar. Quanto ao civil, não há como cogitar de dolo na prática de violência contra superior ou inferior. A inexistência de relação de superioridade ou inferioridade hierárquica entre civil e militar, exclui, de forma absoluta, o dolo de violência contra militar com uma das qualidades mencionadas: superior ou inferior hierárquico.

[29] **Questões Penais**, pág. 45

Com efeito, embora se faça presente a "homogeneidade do elemento subjetivo", pois autor e co-autor praticam o evento ilícito dolosamente, ainda assim, não haverá unidade de crimes, na ausência de mais um elemento subjetivo, integrante do tipo: o dolo da ofensa física dirigida, especificamente, contra militar que ocupa grau hierárquico superior ou inferior, em relação ao autor, ao co-autor, ou a ambos. Daí a impossibilidade de conceituação da conduta ilícita do civil, como crime de violência contra inferior, como entendeu o acórdão citado no início.

Reforçando o exposto acima, utilizando, como exemplo, o feito decidido pelo STF no HC 81.438, citado, em vez de militar e civil, se autor e co-autor fossem militares. Vejamos a solução decorrente da ausência do elemento subjetivo específico por parte do co-autor militar: dois militares praticam violência contra inferior hierárquico, desconhecendo o co-autor que se tratava de inferior hierárquico. Havia unidade do dolo de infligir violência contra militar, porém, ausente, no co-autor, o dolo da violência dirigida contra militar que ocupa grau hierárquico inferior ao seu. O autor responderá pela violência contra inferior (art. 175 do CPM), enquanto o co-autor será penalmente responsabilizado pelos atos praticados, se encontrarem definição em outro dispositivo da lei penal castrense, ou, em caso contrário, responderá por transgressão disciplinar. Portanto, não há unidade de crime pela ausência da homogeneidade do elemento subjetivo: dolo do autor de realizar violência contra determinado militar, seu inferior hierárquico e ausência de dolo do co-autor de praticar violência contra inferior hierárquico.

Ora, se o dolo da violência contra o militar que ocupa grau hierárquico superior ou inferior ao autor, ou ao co-autor, integra o tipo, como é possível processar o civil como co-autor de crime de violência contra inferior? Na hipótese do acórdão ora examinado, a solução seria a seguinte: autor militar processado e julgado pelo crime de violência contra inferior hierárquico; co-autor civil responderia pelos atos praticados, desde que definidos em outro artigo da lei penal militar, atendidos os pressupostos do art. 9º, III, do CPM; não se ajustando a outro dispositivo da lei substantiva castrense, separação de processos, com a remessa do civil para a Justiça comum.

Segundo a fundamentação do acórdão, a qualidade de superior hierárquico do autor do delito, "em relação à vítima, um soldado, estende-se porque no caso, elementar do crime. Aplicação da teoria monista". Evidente o equívoco. A elementar do crime, no caso, longe de se estender ao co-autor, ao contrário, o exclui. Com efeito, a qualidade de superior ou inferior hierárquico do autor principal, no delito de violência contra superior ou inferior, classifica o fato como crime propriamente militar, no qual, por vedação constitucional, o civil não ingressa como autor e nem como co-autor.

Além do mais, deve-se atentar para o fato de que, na descrição típica do crime propriamente militar, vem explícita ou implícita a condição de militar do agente. Nos artigos seguintes vem expressa, integrando o tipo, a qualidade de militar do sujeito ativo: arts. 149 a 152, 166 e 167, 171, 187 e 188, 191 e 192, 196, 202 e 203. Em outros artigos a qualidade de militar vem implícita, mas não comporta dúvida, utiliza denominação que indica a qualidade de militar do sujeito ativo, tais como superior (hierárquico), uniforme, insígnia, distintivo, ou condecoração militar, comando, comandante, requisição militar, subordinado, inferior, oficial, posto (militar): 157, 160, 298, 162 e 163, 168 a 170, 176, 194 e 195, 197 a 204.

Sem divergência do acima exposto, decidiu o STM, referindo-se ao crime de desrespeito a superior: "Enquanto o primeiro (art. 160 do CPM), em razão da elementar superior, que envolve, necessariamente, um vínculo hierárquico, deve ser considerado crime propriamente militar" (Apel. 049325-5, Rel. Min. Flávio Flores da Cunha Bierrenbach).

Não se pode esquecer que o Código Penal Militar conceitua a violência contra inferior (art. 175) como crime de excesso ou abuso de autoridade (Capitulo VI, Título II, Livro I, da Parte

Especial). Abuso é "o uso ilegítimo do poder inerente ao cargo ou a função"[30]. Função e cargo referem-se à autoridade militar, cujo poder decorrente do posto ou graduação é usado ilegitimamente pelo sujeito ativo, exclusivamente superior hierárquico da vítima, dispensado dizer, nunca o civil, mesmo em co-autoria. A violência contra superior (art. 157), classificada como crime contra a autoridade ou a disciplina militar, igualmente, não pode ser praticada pelo civil, mesmo como sujeito ativo.

Afirmamos mais uma vez que a doutrina, a jurisprudência e a Constituição de 1988 não deixam dúvida de que somente o militar da ativa ingressa como sujeito ativo do crime propriamente militar. No entanto, ilustres autores do Direito castrense denominam teoria Romeiro, a justificativa deste último para seu entendimento equivocado de que a insubmissão seria crime propriamente militar, exceção isolada da "teoria clássica"[31].

Ao justificar a classificação de insubmissão como crime propriamente militar, Romeiro afirma que Vico "considera como crimes propriamente militares os definidos com exclusividade pela lei penal militar, sem correspondente na lei penal comum", e acrescenta que não exige "essa doutrina, no Brasil, para caracterização do crime propriamente militar, a qualidade militar do agente"[32]. No entanto, segundo Carlos Colombo, não é esse o entendimento de Vico. Para o autor italiano, a essência objetiva do delito militar compõe-se de dois elementos: a qualidade militar do culpado e a qualidade militar do fato. A qualidade militar é o pressuposto dos deveres militares, sem ela, algumas violações seriam inconcebíveis, como a deserção.[33] Como se vê, segundo o penalista militar argentino, Vico refere-se ao militar como sujeito ativo exclusivo do delito militar, não dando ensejo a que se inclua o civil nessa espécie de infração penal castrense. A denominada teoria Romeiro foi construída para justificar o que seria exceção isolada da teoria clássica, a insubmissão como crime propriamente militar. Perguntamos, se o serviço militar deixar de ser obrigatório, continuará sobrevivendo a teoria da exceção única?

Segundo a denominada teoria Romeiro, "Crime propriamente militar seria aquele cuja ação penal só pode ser proposta contra militar"[34], melhor dizendo, ação penal militar em vez de ação penal, rigor justificável, por se tratar de teoria. Acontece que há fatos delituosos definidos no Código Penal Militar, com igual definição na lei penal comum, aos quais a lei penal castrense acrescentou, ao tipo, a qualidade de militar do agente, logo, nesses casos, a ação penal militar somente pode ser proposta contra integrante das Forças Armadas. São eles: abandono de pessoas (art. 212); violação por militar de correspondência privada de militar (art. 227, *caput* e §§ 1ºe 2º, c/c o § 4º e art. 9º, II, a); divulgação de segredo e violação de recato (arts. 228 e 229, c/c os arts. 231 e 9º, II, a); receita ilegal (art. 291); omissão de notificação de doença (art. 297); recusa de função na Justiça Militar (art. 340). Entretanto, difícil sustentar a classificação dos fatos delituosos acima, como crimes propriamente militares, sem esquecer mais um, o crime de pederastia ou outro ato libidinoso em lugar sujeito à administração militar (art. 235), cuja ação penal militar só pode ser proposta contra militar.

Retornando ao acórdão, a exclusão do civil como autor ou co-autor do crime de violência contra superior ou contra inferior, sobreleva o fato de que essa exclusão resulta da própria Lei Fundamental, como já acontecia antes dela.

---

[30] Giulio Battaglini, **Direito Penal**, vol. 2, pág, 472

[31] Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger, **Apontamentos de Direito Penal Militar**, pág. 50

[32] **Curso de Direito Penal Militar**, pág. 71.

[33] *in* Carlos Colombo, **El Derecho**, pág. 124

[34] **Curso**, pág. 7

Antes, porém, recordemos os ensinamentos de Esmeraldino Bandeira, ao acentuar que o crime propriamente militar recebeu definição precisa no direito romano e consistia naquele "que só o soldado pode cometer", porque "dizia particularmente respeito à vida militar, considerada no conjunto da qualidade funcional do agente, da materialidade especial da infração e da natureza peculiar do objeto danificado, que devia ser - o serviço, a disciplina, a administração ou a economia militar"[35]. Ratificando seu ponto de vista, o mesmo Esmeraldino Bandeira reafirma que "crimes propriamente militares são os que consistem nas infrações específicas e funcionais da profissão do soldado", enquanto o crime impropriamente militar é "aquele que pela condição militar do culpado, ou pela espécie militar do fato, ou pela natureza militar do local ou, finalmente, pela anormalidade do tempo em que é praticado, acarreta dano à economia, ao serviço ou à disciplina das forças armadas".[36]

Em outro trecho de sua obra, torna bem clara sua posição relativamente à matéria: "Entre nós é usual e corrente a divisão de tais crimes em – própria ou puramente militares; e em imprópria ou acidentalmente militares... Os primeiros supõem, a um tempo, qualidade militar no ato e caráter militar no agente. São os crimes que, conforme o ensinamento de certa doutrina, constituem um resíduo de infrações irredutíveis ao direito comum. Os segundos são crimes intrinsecamente comuns, mas que se tornam militares já pelo caráter militar do agente, já pela natureza militar do local, já pela anormalidade da época ou do tempo em que são cometidos"[37].

Seguindo a orientação insistentemente proclamada pela doutrinária dominante, a Constituição de 1988 adotou a summa diviso do crime militar: crime propriamente militar e crime impropriamente militar. Por outro lado, seguindo o roteiro da legislação romana, da doutrina brasileira e do Direito Penal Militar brasileiro, remontando os dois últimos ao século XIX, a Lei Fundamental exige a qualidade de militar do autor do crime propriamente militar.

Decorre da norma expressa no art. 5º, LXI, da Constituição, ao autorizar a prisão pela autoridade da polícia judiciária militar, do autor do crime propriamente militar, sem flagrante delito e sem ordem de autoridade judiciária militar competente. Diz o art. 5º, LXI: "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei".

Note-se que a Lei Maior menciona crime propriamente militar definido em lei, isto é, no Código Penal Militar, em que a qualidade militar do agente vem expressa, ou implícita na descrição típica, de tal forma que, sem ela, o evento delituoso não se aperfeiçoa. Por exemplo, o uniforme, a insígnia, o distintivo referidos no art. 162, evidentemente, são os de uso militar, cujo despojamento por menosprezo ou vilipêndio configura-se crime propriamente militar, somente praticado por militar, nunca por civil, mesmo se co-autoria possível.

O civil, em hipótese alguma, poderá ser preso por determinação da autoridade da polícia judiciária militar, encarregado ou não de inquérito. Só é cabível sua prisão em flagrante delito, ou prisão provisória, decretada pelo seu Juiz natural, mediante representação da autoridade da polícia judiciária militar, ou a requerimento do MP. O destinatário da norma expressa no citado art. 5º, LXI, da CF é o militar, sujeito à prisão por transgressão militar e que pode ser submetido à prisão temporária pela autoridade da polícia judiciária militar, jamais o civil.

Evidentemente, a norma constitucional dirige-se ao militar e somente a ele, cujo recolhimento a estabelecimento prisional castrense, no caso da prática de delito militar, pode ser determinado

---

[35] Esmeraldino Bandeira, Dir., Just., Proc. Mil., 1º vol., pág. 26

[36] Esmeraldino Bandeira, **Direito, Justiça e Processo Militar,** 1º vol., pág. 31

[37] Esmeraldino Bandeira, **Direito, Justiça e Processe Militar,** 1º vol., págs. 19 e 20

pela autoridade da polícia judiciária militar. A excepcionalidade da sujeição do civil à jurisdição penal militar, obviamente não acrescenta restrição à sua liberdade individual decorrente de ordem de prisão emanada de autoridade da polícia judiciária militar.

Dessa forma, além da lei ordinária, da doutrina e da jurisprudência, a Constituição, categoricamente, só admite o militar como sujeito ativo do crime propriamente militar e não igualmente o civil. Se o civil, como autor ou co-autor, praticar qualquer ato que se ajuste à descrição típica dessa espécie de delito militar, sua conduta carece de relevância jurídico-penal, ressalvada a hipótese de encontrar definição em dispositivo que trata do crime impropriamente militar ou do crime comum.

Por exemplo, caso realize as condutas que se identifiquem com a descrição típica de motim, revolta, violência contra superior, desacato ou desrespeito a superior, violência contra superior, etc., em face da vedação constitucional de ingressar como autor, ou co-autor dessas infrações propriamente militares, somente será penalmente responsabilizado, repetimos, se os atos praticados encontrarem definição em dispositivo penal militar diverso, que trata do crime impropriamente militar, ou na lei penal comum.

Com efeito, a excepcionalidade da sujeição do civil à Justiça Militar, subtraindo-o de seu juiz civil natural, realiza-se nos estreitos limites estabelecidos pela Constituição, com a qual o legislador ordinário deve guardar conformidade. A permissão constitucional não autoriza que o civil ingresse na classe de sujeito ativo dos crimes próprios da profissão do militar, da condição de militar do agente. Nos crimes propriamente militares, a lei protege a disciplina, a hierarquia, o dever militar, que somente podem ser ofendidos pelo militar e nunca, em hipótese alguma, pelo civil, que não integra as instituições militares. Conseqüentemente, ao crime propriamente militar, não se aplica, em relação ao civil, o disposto no art. 53, §1º, 2ª parte, do Código Penal Militar ("não se comunicam, outrossim, as condições ou circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime").

A jurisdição especializada somente alcança o civil em caráter excepcional, subtraindo-o de seu Juiz civil natural, nos crimes impropriamente militares definidos na lei penal militar, com atendimento dos pressupostos do art. 9º, III, do CPM, mediante autorização constitucional.[38]

Não é diferente, na doutrina estrangeira, dentre outros, o penalista argentino, Carlos Colombo, para quem são essencialmente militares as infrações que só o militar pode cometer, porque constituem, além da lesão de um bem ou interesse militar, a violação de um dever militar, isto é, as que, sendo essencialmente militares, só o militar pode cometer, porque constituem, além da lesão de um bem e interesse militar, a violação de um dever militar que, por esses motivos, somente pode vincular o militar.[39]

[38] *Cfr*. Celio Lobão, Dir. Pen. Mil., 3º ed., pág. 87

[39] **El Derecho Penal Militar y la Disciplina**, pág. 123.

Liberdade provisória e princípio democrático

Cláudio Martins*

O processo de democratização do Estado brasileiro teve como ponto de destaque a promulgação da Constituição Federal, fato que suscitou, e ainda hoje suscita, questões inerentes à dimensão temporal de validade das normas infraconstitucionais. Caso recente está na pauta do Supremo Tribunal Federal, tratando da questão da recepção de preceitos normativos contidos na Lei de Imprensa (Lei nº 5.260/1967), cuja suspensão foi determinada pelo pleno da Corte, referendando liminar concedida pelo ministro-relator, sob o fundamento de que princípios norteadores da lei não atendem ao padrão de democracia e de imprensa vigente na atual ordem constitucional[1].

A avaliação da recepção da ordem jurídica anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, sob o aspecto formal, já está pacificada pelo Supremo Tribunal Federal. O decreto-lei, instrumento jurídico de que dispunha o chefe do poder executivo para a outorga normativa, precedente da atual medida provisória, foi amplamente utilizado para a edição de inúmeros diplomas ainda hoje vigentes, como é o caso da lei penal militar e sua respectiva lei processual, aplicáveis como se fossem leis oriundas do Congresso Nacional, como exige a Constituição Federal (art. 124, CF).

Instituídos por decreto-lei (n. 1.001/69 e 1002/69, respectivamente) outorgados pela Junta Militar que tomou o poder em 30 de agosto de 1969, impedindo a posse do vice-presidente após o ataque de trombose cerebral sofrido por Costa e Silva, o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar impõem, na aplicação de suas normas, exame imperativo da questão da recepção perante a vigente ordem constitucional.

Desde o advento desses decretos, aplicados com força de lei, muita coisa mudou. A democratização do país, uma nova Constituição, a ratificação de tratados internacionais de direitos humanos, novas atribuições às Forças Armadas são fatores que exigem do aplicador do direito penal e processual penal militar a imprescindível confrontação do conteúdo da norma infraconstitucional com essa realidade do ordenamento jurídico, buscando o fundamento de validade da lei. Essa é a dimensão material que se coloca na questão temporal das normas infraconstitucionais, como posta na discussão da recepção da Lei de Imprensa, perquirindo-se como a consolidação normativa da democracia tem o poder de suprimir a validade de leis anteriores à Constituição por afronta a seus princípios.

Não raras vezes são encontrados dispositivos legais em franco confronto com a norma constitucional. O Código de Processo Penal Militar permite que o órgão de acusação, ao formular a denúncia, apresente rol de até seis testemunhas enquanto, em contrapartida, permite à defesa arrolar não mais do que três. O Supremo Tribunal Federal já declarou a inconstitucionalidade da restrição imposta ao exercício da ampla defesa no julgamento do HC n. 80855 (Rel. Min. Ellen Gracie, j. 09/10/2001, DJU 18/10/2001).

Outro exemplo de norma processual não recepcionada encontra-se no art. 305, do Código de Processo Penal Militar, onde consta a ressalva de que o silêncio do acusado no interrogatório poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.

O Código Penal Militar, por sua vez, ainda que afirme a inimputabilidade do menor de 18 (dezoito) anos, ressalva a possibilidade de deflagração de processo quando o agente revele

---

* Promotor da Justiça Militar

1 ADPF nº 130 MC/DF, rel. Min. Carlos Britto, Informativo nº 496, 25 a 29/02/3008.

suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento (art. 50). Há aqui inquestionável contrariedade do dispositivo legal com a norma do art. 228 da Constituição Federal, onde a inimputabilidade do menor é afirmada sem qualquer condicionante.

Este artigo pretende tão somente introduzir a discussão acerca da questão da liberdade provisória, confrontando sua normatização no Código de Processo Penal Militar com o tratamento constitucional dispensado ao tema, como forma de abordar a superação do modelo ideológico em que se fundou a outorga da lei processual penal militar pela vigência do princípio democrático inscrito na atual ordem constitucional.

O período histórico de outorga do Código de Processo Penal Militar joga luz sobre inúmeros dispositivos legais hoje insustentáveis sob a égide da vigente ordem constitucional. Não por acaso regimes autoritários suspendem a garantia do *habeas corpus*, instrumento poderoso para atacar o cerceamento ilegal do direito de locomoção. Desde o Ato Institucional nº 5, de 13/12/1968, a garantia estava suspensa, permitindo a manutenção em cárcere ao arbítrio do poder instituído. Apenas esse fato histórico é suficiente para revelar a relação intrínseca entre democracia e liberdade, de um lado; prisão e autoritarismo, de outro.

Não se afirma com isso que a prisão é essencial aos regimes não democráticos. Trata-se, na verdade, de afastar-se o arbítrio, e para isso é necessário o apego estrito à legalidade, remetendo-se ao exame da prisão processual aos ditames dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

O princípio democrático, estampado logo no primeiro artigo da Constituição Federal, pressupõe uma sistemática em que a liberdade do cidadão é regra, ainda que não absoluta, remetendo as hipóteses de seu cerceamento a estritos casos excepcionais legalmente previstos.

A consagração da presunção de inocência até o advento de sentença penal condenatória irrecorrível impede que se dê ao acusado tratamento de condenado, do que decorre que o cerceamento da liberdade do cidadão a quem se imputa conduta delituosa restringe-se à excepcionalidade das prisões cautelares.

A lei processual penal militar (art. 270, CPPM) veda a concessão de liberdade provisória a todos os crimes a que se comine pena privativa de liberdade. Excetua os delitos culposos e os punidos com detenção não superior a 2 (dois) anos. Nesse último caso, a lei suprime a exceção, vale dizer, restabelece a regra geral que veda a liberdade provisória, nos crimes de violência contra superior, desrespeito a superior, desrespeito a símbolo nacional, despojamento desprezível, recusa de obediência, abuso de requisição militar, resistência mediante ameaça ou violência, fuga de preso ou internado, deserção, deserção por fuga ou evasão, pederastia, desacato a militar e ingresso clandestino.

Pela disposição normativa, não é absurdo afirmar que, para a lei adjetiva especial, a simples prática de crime militar impõe, cautelarmente, o cerceamento da liberdade do agente, admitindo-se a liberdade provisória em casos excepcionais. A prisão é a regra; a liberdade, a exceção.

A lei processual penal militar e a Constituição, assim, apontam em sentidos opostos em matéria de liberdade provisória, trazendo à tona a questão da não recepção de normas infraconstitucionais preexistentes e incompatíveis com a Constituição.

Ao mesmo tempo, impõe-se a análise da compatibilização material de um estatuto legal outorgado em regime autoritário completamente superado pela ordem constitucional vigente, fundada no princípio democrático e vinculada ao império da lei.

A normatização da liberdade, no texto constitucional, confere-lhe estatuto de direito fundamental, e o fundamento de validade de imposição de restrições à liberdade provisória de acusado em processo penal militar está na própria Constituição. O conflito estabelecido entre a

lei ordinária e a norma constitucional é evidente, resolvendo-se em favor da norma constitucional.

No caso, é possível tanto o reconhecimento de que o artigo 270, do Código de Processo Penal Militar, não foi recepcionado pelo ordenamento jurídico inaugurado pela Constituição Federal promulgada em 1988, quanto promover leitura conforme o texto constitucional, sem a supressão do dispositivo legal.

Na prática, vale a norma constitucional que confere à liberdade a estatura de direito fundamental indisponível, ficando sua restrição, antes do advento de sentença penal condenatória irrecorrível, à efetiva necessidade da constrição, mediante demonstração concreta.

O Supremo Tribunal Federal, incumbido do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, ao examinar dispositivo do Estatuto do Desarmamento – Lei nº 10.868/2003 – que vedava a concessão de liberdade provisória, entendeu tratar-se de norma inconstitucional, por não ser admissível hipótese de prisão *ex lege*, sem motivação, por vulneração das garantias do contraditório e da ampla defesa (ADI n.º 3137 - Rel. Min. Ricardo Lewandowski – Plenário – Informativo n.º 465).

A prisão processual do desertor, fundada em dispositivo legal próprio (art. 452, do Código de Processo Penal Militar), é um exemplo concreto de estabelecimento de prisão legal desprovida de fundamentação. A matéria é objeto da Súmula nº 10 do Superior Tribunal Militar:

> *"Não se concede liberdade provisória a preso por deserção antes de decorrido o prazo previsto no art. 453 do CPPM".*

Dispõe o artigo referido que, se não for julgado em até 60 (sessenta) dias, o desertor será posto em liberdade. Ao texto legal a Corte Militar conferiu interpretação de norma proibitiva de concessão de liberdade provisória. Trata-se, na verdade, de estabelecimento de prazo razoável de duração do processo, garantia constitucional formalmente assegurada desde o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 (art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal).

Apenas recentemente o Supremo Tribunal Federal ocupou-se da questão da prisão do desertor:

> *"(...) 3. Interpretação do STM quanto ao art. 453 do CPPM ("Art. 453. O desertor que não for julgado dentro de sessenta dias, a contar do dia de sua apresentação voluntária ou captura, será posto em liberdade, salvo se tiver dado causa ao retardamento do processo"). O acórdão impugnado aplicou a tese de que o art. 453 do CPPM estabelece o prazo de 60 (sessenta) dias como obrigatório para a custódia cautelar nos crimes de deserção. 4. Segundo o Ministério Público Federal (MPF), a concessão da liberdade provisória, antes de ultimados os 60 (sessenta) dias, previstos no art. 453 do CPPM, não implica qualquer violação legal. O Parquet ressalta, também, que o decreto condenatório superveniente, proferido pela Auditoria da 8ª CJM, concedeu ao paciente o direito de apelar em liberdade, por ser primário e de bons antecedentes, não havendo qualquer razão para que o mesmo seja submetido a nova prisão. 5. Para que a liberdade dos cidadãos seja legitimamente restringida, é necessário que o órgão judicial competente se pronuncie de modo expresso, fundamentando e, na linha da jurisprudência deste STF, com relação às prisões preventivas em geral, deve indicar elementos concretos aptos a justificar a constrição cautelar desse direito fundamental (...) 6. O acórdão impugnado, entretanto, partiu da premissa de que a prisão preventiva, nos casos em que se apure suposta prática do crime de deserção (CPM, art. 187), deve ter duração automática de 60 (sessenta) dias. A decretação judicial da custódia cautelar deve atender, mesmo na Justiça castrense, aos requisitos previstos para a prisão preventiva nos termos do art. 312 do CPP. (...) Ao reformar a decisão do Conselho Permanente de Justiça do Exército, o STM não indicou quaisquer elementos fático-jurídicos. Isto é, o acórdão impugnado limitou-se a fixar, in abstracto, a tese de que 'é incabível a concessão de liberdade ao réu, em processo de deserção, antes de exaurido o prazo previsto no art. 453 do CPPM'. É dizer, o acórdão impugnado não conferiu*

base empírica idônea a fundamentar, de modo concreto, a constrição provisória da liberdade do ora paciente (CF, art. 93, IX). (...) 7. Ordem deferida para que seja expedido alvará de soltura em favor do ora paciente." (HC nº 89.645-6 - Rel Min. Gilmar Mendes - 2ª Turma - unânime - j. 11.09.2007 - DJ 27/09/2007).

O artigo 312, do Código de Processo Penal comum, é uma síntese dos artigos 254 e 255, do Código de Processo Penal Militar. A prisão preventiva deve fundar-se em prova do fato e indícios de autoria, e será decretada para a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal, a segurança da aplicação da lei penal militar e a exigência da manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina militares, quando ficarem ameaçados ou atingidos com a liberdade do indiciado ou acusado. Tais fundamentos específicos merecem análise à parte, pela complexidade do tema, pois alguns deles podem configurar juízo de mérito antecipado, sem qualquer relação com a cautelaridade instrumental essencial à garantia da prestação jurisdicional, e como tal não serão aprofundados aqui. Todavia, há farta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal analisando pontuadamente cada um dos fundamentos da prisão preventiva e a compatibilidade com a garantia constitucional da presunção de inocência.

Não é constitucionalmente viável a interpretação do artigo 452, do Código de Processo Penal Militar, objeto da súmula do Superior Tribunal Militar, por não existir prisão legal desprovida de fundamentação na vigente ordem constitucional.

A conclusão a que se chega é do cabimento da concessão de liberdade provisória, mesmo na hipótese de prática dos crimes elencados no artigo 270, da lei processual penal militar, desde que não se mostrem presentes os requisitos para a decretação de prisão preventiva.

Alberto da Siva Franco, autor de obra clássica[2] em que analisa a Lei de Crimes Hediondos, teceu as mais duras críticas ao dispositivo legal que veda a concessão de liberdade provisória nessa modalidade de delito. Em sua análise, o artigo 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal, que estabelece que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança, não autoriza a interpretação de que, vedada pela lei a liberdade provisória, fica admitida automaticamente a prisão preventiva. Segundo o autor:

"A proibição da liberdade provisória, de modo global ou em relação a determinados tipos de crime, mediante lei ordinária, traduz-se também numa lesão ao princípio do due process of law consagrado no inc. LIV do art. 5º da Constituição Federal. (...) Na interpretação do princípio constitucional da liberdade provisória, em harmonia com outros princípios fundamentais conexos, não se pode também perder de vista o inc. LVII do art. 5º da Constituição Federal que estabelece, de forma imperativa, que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (...) Resta ainda enfatizar que o princípio da presunção de inocência não está garantido apenas pela Constituição Federal de 1988, mas, na atualidade, encontra também suporte tanto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos quanto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)."

Não subsiste mais nenhuma vedação legal à concessão de liberdade provisória, já que se trata de direito fundamental minuciosamente regulado em nível constitucional, onde também se encontra normatizada a restrição a esse direito. Nada impede que a prisão cautelar seja decretada com estrita observância dos requisitos legais, impondo ao órgão de acusação formulação de pedido fundado em elementos empíricos, e ao juiz a prolação de decisão devidamente fundamentada, permitindo a aferição de seus argumentos em níveis recursais, ou pela impugnação autônoma do *habeas corpus*.

O Supremo Tribunal Federal vem sistematicamente mitigando o rigor dos diplomas legais aplicáveis na Justiça Militar. A questão da liberdade provisória aqui exposta foi acolhida em

[2] Crimes Hediondos. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

medida liminar concedida recentemente pela Ministra Carmen Lucia[3]. Na origem, o Superior Tribunal Militar dera provimento a recurso criminal[4] do Ministério Público interposto contra decisão judicial que concedera liberdade provisória a militar preso pelo crime de recusa de obediência (art. 163, Código Penal Militar). Na insurgência, o órgão de acusação sustentava, essencialmente, a proibição legal de concessão de liberdade provisória a crimes dessa espécie, com o que concordou a Corte Militar.

Para concluir, cabe afirmar a necessidade premente de reformulação do Código Penal Militar e do Código de Processo Penal Militar, sob a égide dos valores inerentes ao princípio democrático, no qual se inserem as Forças Armadas, com a missão que lhes atribuiu a Constituição Federal. Novos valores e novos bens jurídicos exigem a intervenção racional do legislador na formulação de tipos penais adequados à realidade atual das Forças Armadas, incumbidas da defesa da Pátria e colocadas como garantia dos poderes constituídos.

Se na origem da outorga dos diplomas legais as Forças Armadas eram o próprio poder constituído, hoje atuam como instrumento de proteção e garantia do poder civil, demandando a reformulação, em primeiro lugar, da tipologia penal aplicável aos órgãos militares, bem como das normas de exercício do poder jurisdicional e da organização judiciária.

O espaço destinado à discussão dessa reformulação, num regime democrático, é o poder legislativo, entre nós atribuído ao Congresso Nacional. Isso, como é elementar, não exclui a atuação da sociedade e dos órgãos incumbidos da aplicação da lei penal especial na discussão e formulação de propostas de alteração legislativa, essencial ao debate democrático.

A triste realidade do poder legislativo brasileiro, afogado na apreciação da intensa produção normativa do chefe do executivo e na apuração de incontáveis casos de má gestão de recursos públicos, afasta do alcance da vista a possibilidade de implementação de qualquer reforma legislativa.

Nesse cenário de inércia, abre-se espaço para a atuação do poder judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, na elaboração de interpretação da lei de forma coerente com a ordem constitucional vigente, como vem ocorrendo.

Ao menos no que diz respeito à questão da concessão de liberdade provisória ao agente de crime militar incluído no rol de proibição do artigo 270, do Código de Processo Penal Militar, o Supremo Tribunal Federal vem dando indicações claras de que o rigor da norma processual penal militar não escapa da normatização da liberdade em nível constitucional.

A essa realidade concreta devem estar atentos os órgãos judiciais incumbidos da aplicação da norma ao caso concreto, buscando ao menos a interpretação mais adequada aos preceitos constitucionais em matéria de direitos fundamentais e garantias individuais.

A segurança jurídica, contudo, não pode prescindir do respeito à estrita legalidade, ainda mais no trato de questões penais com graves reflexos na liberdade dos indivíduos. É inerente ao exercício do poder jurisdicional a interpretação das normas à luz das regras constitucionais, mas a defasagem histórica de diplomas legais antiquados exige, em benefício do jurisdicionado, a conformação da lei ao modelo de Estado Democrático de Direito.

Bibliografia

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

---

[3] HC nº 93.422, pendente a apreciação de mérito.

[4] Recurso Criminal (FO) nº 2007.01.007472-0 PE, Rel. p/ acórdão Min. Olympio Pereira da Silva Junior.

BADARÓ, Ramagem. *Comentários ao Código Penal Militar de 1969*. Parte Especial. 2º volume. São Paulo: Juriscredi, 1972

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROS, Edgard Luiz de. *Os Governos Militares. O Brasil de 1964 a 1985. Os Generais e a Sociedade. A Luta pela Democracia*. São Paulo: Editora Contexto, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

.CAMARGO, Joaquim Augusto de. *Direito Penal Brasileiro*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais,/FGV, 2005.

CASTRO, Celso. Izecksohn, Vitor. Kraay, Hendrik (organização). *Nova História Militar* Brasileira. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. 3ª edição, Curitiba: Fórum.

CORREA, Teresa Aguado. *El Principio de Proporcionalidad em Derecho Penal*. Madrid: EDERSA, 1999.

CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo. Estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. *A Reação Defensiva à Imputação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____ *Processo Penal Constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____*Crimes Hediondos*. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GASPARI, Elio. *A Ditadura Escancarada. As Ilusões Armadas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GIANNELLA, Berenice Maria. *Assistência jurídica no processo penal. Garantia para a efetividade do direito de defesa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

GUSMÃO, Crysólito de. *Direito Penal Militar*. Rio de Janeiro, 1915.

KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*, 2ª edição, Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no Processo Pena*l. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil. Evolução Histórica*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAVERUCHA, Jorge. *A Justiça Militar no Estado do Pernambuco Pós-regime Militar: um Legado Autoritário*. Revista Brasileiro de Ciências Criminais n.º 29. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

Do Crime Militar Culposo

Edmar Jorge de Almeida*

Sumário: *I - Introdução. II - Estrutura do Crime Militar Culposo; Conduta Humana Involuntária; Dever de Cuidado Objetivo; Risco Permitido/Risco Proibido; Regras do Ofício e Princípio da Confiança. Resultado Involuntário; Nexo De Causalidade - Imputação Objetiva; Tipicidade. III - Conclusão.*

I - Introdução

As sociedades contemporâneas, impelidas por vertiginoso desenvolvimento científico e tecnológico, têm-se caracterizado pela geração progressiva de situações, potencial ou concretamente, perigosas para a incolumidade física, para a saúde e para a vida humana. Os veículos automotores de transporte de pessoas e carga, v.g., pela potência, velocidade final ou capacidade de carga são pálida expressão do grande número de circunstâncias perigosas engendradas para a vida coletiva. A estas poderiam ser acrescidas as atividades industriais, comerciais e de prestação de serviços perigosas, desde a produção de instrumentos, armas e petrechos militares, de elevado poder destrutivo, ou substâncias inflamáveis, ácidas, corrosivas, tóxicas, combustíveis, explosivas, biológicas, ao simples transporte, manipulação ou armazenamento destes.

Dentre o rol de atividades concreta ou potencialmente perigosas incluem-se, com maior razão, aquelas em que *o perigo é da própria natureza destas*; operações em plataformas de petróleo, de lançamento de foguetes, ações de busca e salvamento, de segurança, vigilância, defesa etc. As atividades profissionais do militar, nesse contexto, estão entre as que maiores e mais acentuados riscos para a incolumidade física produzem, a reclamar dos aplicadores do direito exame e observação diferenciados na delimitação da culpa. É condição própria das ações militares, no emprego de meios e modos de combate, como nos simples treinamentos, na instrução, em manobras ou exercícios, a geração de situações perigosas, ampliando a esfera de incidência do *conceito de risco permitido* para as situações produzidas. À grande margem de discricionariedade dos instrutores militares incumbidos do mister, acrescentaríamos a complexidade técnica e operacional de algumas ações especiais, indutoras de situações limite de risco para a vida.

Quanto mais complexo o emprego dos meios e modos na ação, quanto maior a complexidade dos objetivos da operação ou da instrução, mais especializado o adestramento, maior a geração de riscos. Quanto mais adverso o meio ambiente, no qual se desenvolvem as ações, quanto maior o antagonismo dos inimigos, quanto maiores as dificuldades a enfrentar, mais perigosos os exercícios, maiores as exigências da instrução, de forma a premunir os instruendos com recursos técnicos e físicos para enfrentamento, na busca da otimização dos recursos humanos e materiais, visando à eficiência e à eficácia das ações de ataque ou defesa.

À luz da tal ambiência profissional, a noção clássica de culpa não atende com a desejável clareza as necessidades de *delimitação de culpa em sentido estrito*. À *inobservância do cuidado objetivo devido*, haveremos de agregar as noções de *risco permitido e risco proibido, do princípio da confiança e das regras da profissão do militar*.

A concepção clássica do Direito Penal reduzia o crime culposo à culpabilidade nas modalidades de negligência, imprudência e imperícia, condutoras da causação do resultado lesivo. Por isso, e por muito tempo, considerou-se a *previsibilidade do evento* como essência do delito

* Subprocurador- Geral da Justiça Militar -DF

culposo, tendo no evento danoso seu aspecto mais saliente, a implicar o fato punível no desvalor do resultado.

A delimitar a *previsibilidade do evento* estariam, **no limite superior, o dolo eventual**, fronteira da culpa consciente, ou culpa com previsão – na qual a vontade passa a desenvolver-se teleologicamente para um resultado que o agente confia poder evitar – e **no limite inferior, os casos fortuitos ou de força maior**, nos quais a previsibilidade já não teria a menor relevância em relação ao resultado. Ou os resultados seriam imprevisíveis, ainda que adotados os cuidados exigidos pela lei ou pelo costumes para o comportamento, ou inevitáveis, ainda que previsto o resultado, por forças superiores as do agente. É o que se extrai da fórmula casuística adotada pelo Código Penal Comum de 1940, art. 15, II, mantida pela reforma de 1984, na dicção do art. 18: *Diz-se o crime: - II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.*

Imprudência, negligência ou imperícia constituiriam modalidades genéricas de culpa, enunciação casuística do cuidado objetivo exigível. Em substância, através dessa formulação, apresentar-se-iam as condutas reprováveis de quem omite a cautela, a atenção e a diligência ordinária ou especial devidas.

O **Código Penal Militar** em vigor, Decreto-Lei nº 1001, de 21 de outubro de 1969, acompanhando as modificações introduzidas na Lei Penal Comum pelo Código Penal de 1969, Decreto-Lei nº 1004, de 21 de outubro de 1696 - revogado antes de entrar em vigor - **preferiu conceituar tecnicamente a culpa**:

> *Art. 33. Diz-se o crime:*
>
> CULPABILIDADE
>
> *- I - doloso...;*
>
> *II - culposo, quando o agente deixando de empregar a cautela, atenção ou diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo, supõe levianamente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo.*

Em que pese a rubrica marginal referir-se à ***Culpabilidade***, a fórmula engloba a *previsibilidade objetiva* - incidente na tipicidade - quando o agente deixando de empregar a cautela, atenção ou diligência ordinária, a que estaria obrigada uma pessoa prudente e com discernimento medianos; da ***previsibilidade subjetiva*** - quando o agente, segundo as suas aptidões e poder pessoal,(2) Johannes Wessels, cit. Por Damásio Evangelista de Jesus, DP, 1º vol. Pág. 299, 25ª ed. 2002, deixa de empregar a cautela, atenção ou diligência especial a que estava obrigado nas circunstâncias em que esteve envolvido - esta sim incidente para o juízo de reprovação da conduta, ou ***Culpabilidade.***

Em perfeita consonância com a nova dogmática do direito penal, o ***Dever de Cuidado*** na Lei Penal Militar passa a ser o critério determinador da **culpa** ***stricto sensu***, ao definir a ilicitude dos crimes culposos pela discrepância entre a conduta observada e as exigências do ordenamento jurídico com respeito à cautela necessária em todo comportamento social, para evitar dano aos interesses e bens de terceiros. (3)

O ***conceito de cuidado necessário é objetivo e normativo*** e corresponde à conduta do homem prudente na situação do autor, critério do *homo medius*, que informa a conduta típica. A reprovabilidade pela falta de observância do cuidado objetivo, por parte do agente nas circunstâncias, é que identificará a culpabilidade, ou seja, o cuidado exigível daquele agente determinado em empregar a diligência especial a que estava obrigado, em meio às circunstâncias que envolveram a causação do resultado lesivo.

A ***estrutura do crime militar culposo***, diversa, portanto, da do crime doloso, abarcaria uma ***conduta voluntária***, em cujo eixo central acha-se o ***dever de cuidado objetivo***, informado pelos conceitos de ***risco permitido e risco proibido***, pelas *regras da profissão do militar* e pelo ***princípio da confiança***; ***o resultado involuntário***, ***o nexo de causalidade*** e ***a tipicidade***.

II – Estrutura do crime militar culposo

1. Conduta humana voluntária

A *conduta culposa* consiste na ação ou omissão voluntárias, da qual resulta um evento lesivo não querido, por inobservância do *dever de cuidado objetivo*.

Os fins perseguidos pela conduta são irrelevantes sob o ponto de vista penal, a conduta é dirigida para um fim lícito, o modo ou os meios empregados é que não se conformam à cautela, atenção, ou diligência ordinária, ou especial, exigíveis nas circunstâncias.

Não será decisivo se o resultado involuntário, não querido, era ou não previsível, influindo tal distinção apenas na caracterização da espécie de culpa: inconsciente ou consciente. Na primeira, o resultado não é previsto pelo agente, conquanto previsível, se agisse com o cuidado devido. É a culpa comum, que se manifesta pela imprevisão do previsível, no dizer de Nelson Hungria: "previsível é o fato cuja possível superveniência não escapa à perspicácia comum." (4). A segunda, culpa consciente, também chamada culpa com previsão, é aquela em que o agente prevê o resultado, mas confia, com honestidade de propósitos, que ele não ocorra, ou que poderá evitá-lo com a sua atuação pessoal. É a dicção da parte final do art. 33, II do CPM:

Art. 33. Diz-se o crime:

II – culposo, quando o agente, deixando de empregar a cautela, atenção, ou diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo-o, supõe levianamente que não se realizaria, ou que poderia evitá-lo.

Noutro sentido, **terá relevância a previsibilidade** no que tange à denominada Culpa Imprópria, também chamada Culpa por Extensão, Assimilação ou Equiparação. Nesta o evento é previsto e querido pelo agente, que age conscientemente no sentido de realizá-lo, laborando, nada obstante, em erro inescusável ou vencível. Se agisse com o cuidado objetivo devido evitaria o resultado.

Cabe aqui, por inteiro, a observação de (5) Cezar Roberto Bitencourt: "Só *impropriamente* se pode admitir falar de *culpa* em uma conduta que prevê e quer o resultado produzido, sob pena de se violentar os conceitos dogmáticos da teoria do delito." (Grifos do autor). Erro culposo não se confunde com crime culposo, sublinha o mesmo autor. De fato, com base na doutrina de Jescheck e Graf Zu Dohna, nas hipóteses de erro culposo não se está criando nenhuma culpa, própria ou imprópria, mas se está somente adotando uma cominação do tipo imprudente, há na realidade um crime doloso. No mesmo sentido, Damásio E. de Jesus: "A denominação é incorreta, uma vez que na chamada culpa imprópria temos, na verdade, um crime doloso a que o legislador aplica a pena do crime culposo." (6)

O CPM cuida da matéria sob o título de Erro de Fato, art. 36, § 1º, não obstante reconhecer a imperfeição técnica - cuja atualização recomendaria o critério adotado pelo CP comum, ao tratar do Erro de Tipo - mantendo a então clássica distinção entre Erro de Direito e Erro de Fato, preferida pelos doutrinadores pátrios da época.

O eixo condutor e configurador da *culpa* nesse contexto, estará vinculado à violação do *Dever de Cuidado Objetivo*, delimitado pelos conceitos de risco permitido e risco proibido, pelas regras do ofício ou profissão militar e pelo princípio da confiança.

1.1 Dever de cuidado objetivo

O conceito de cuidado exigível, informado pela cautela, atenção ou diligência ordinária ou especial nas circunstâncias, é objetivo e normativo, vale remarcar. A *inobservância do cuidado objetivo* necessário é elemento do tipo culposo. A cautela, atenção, ou diligência ordinárias devidas são identificadas pelo cotejo entre a conduta adotada pelo agente e a conduta que adotaria o homem prudente e com discernimento na situação do autor, é o chamado critério do *homo medius*, ao qual se remete o desvalor do resultado e a tipicidade do comportamento. A dúvida nesses casos milita em desfavor do agente, segundo os critérios adotados pelo direito penal comum; havendo incerteza quanto a superveniência do resultado danoso, deve abster-se de realizar a conduta. Agindo movido pela dúvida acerca do resultado, sobrevindo este, tornar-se-á agente de crime culposo por imprudência. No direito penal militar, ao contrário, como se verá à frente, a incerteza é componente inseparável da atividade, sempre envolvida em riscos, perigos inerentes à própria profissão, não constituindo a dúvida pressuposto da culpa, menos ainda exigência de abstinência do comportamento, o que comprometeria a própria razão de existir da profissão.

A responsabilidade pelo resultado lesivo, nesse entremeio, só se imputará ao autor, se e quando reprovável a conduta.

A reprovabilidade do comportamento será obtida pela inserção do agente nas circunstâncias objetivas em que se deu o evento. Levar-se-á em conta o agente, seu discernimento e poder de agir. Se pudermos exigir deste conduta mais consentânea com a cautela, com a atenção ou diligência nas circunstâncias objetivas do caso em concreto, haverá violação do cuidado exigível, devendo, portanto, responder pelos danos que tiver causado.

Elemento fundamental para configurar o crime culposo – *o dever objetivo de cuidado* – será informado pela diligência devida e não pela simples conexão entre a conduta e o resultado lesivo (Engisch). (7)

Para configurar a violação do dever objetivo de cuidado será necessário que o agir descuidado ultrapasse os limites dos perigos socialmente aceitáveis na atividade desenvolvida. Somente quando se falar na ausência da atenção e cuidados especiais, poder-se-á falar em culpa. Quanto maior o perigo da atividade realizada, maior a prudência e vigilância. (5)

Damásio E. de Jesus relaciona a inobservância do cuidado objetivo necessário à imprudência, à negligência e à imperícia. Estas, segundo o autor são formas de manifestação objetiva da violação do dever de cuidado. Idem, Direito Penal, Saraiva, 2002.

Heleno Cláudio Fragoso também considera o cuidado objetivo o eixo condutor para a verificação da conduta culposa. Para identificar o cuidado objetivo exigível, cumpre ter presente não só as características gerais de uma pessoa prudente e normal; mas também, as características específicas do agente com as qualificações profissionais que apresente.

Quando se trate de ofício ou profissão pode-se dizer que não viola o cuidado objetivo o agente que atende às regras da arte (*legis artis*), ou seja, as normas de comportamento dadas pela ciência, pela experiência ou pela prática habitual. Não age ilicitamente o profissional que observa fielmente as regras de seu ofício, embora essas regras estejam em constante evolução. *Embora não seja necessariamente contrário ao dever de cuidado o comportamento que se afasta das normas, é sempre conforme ao dever o comportamento que as observa (Lenckner)* (1)

As ações socialmente perigosas devem ser realizadas com o cuidado objetivo exigido para evitar lesão a bens jurídicos. O conteúdo do cuidado objetivo exigido é delimitado concretamente pelos conceitos de risco permitido e de previsibilidade do resultado, auxiliados por critérios complementares. (8)

Na tipicidade culposa, portanto, o núcleo basilar é o *descumprimento do dever de cuidado,* no qual se insere a finalidade do agir. A culpa só poderá ser examinada *ex post*, como recomenda Jescheck,

pois só com a causação do resultado é que se poderá examinar e concluir pelo *descumprimento do dever de cuidado*. A não-observância do dever de cuidado constituirá o fator determinante do resultado. (9)

Fundamental aqui a precisa delimitação do *risco permitido* e do *risco proibido*. O limite da permissibilidade social, ou profissional, como no caso dos militares, é o ponto de partida para delimitar de modo geral o *cuidado objetivo exigido*.

1.1.1. Risco proibido - Risco permitido

Ponto de inflexão para a definição da culpa, o conceito de risco permitido delimitará de modo genérico o cuidado objetivo exigido nas ações, potencial ou concretamente, perigosas. O primeiro referencial, por conseguinte, será o estabelecido pela lei para o caso concreto. O exemplo mais comum é a limitação de velocidade para veículos automotores nas zonas urbanas e nas estradas. Ultrapassados os limites estabelecidos ocorrerá a violação do dever de cuidado objetivo exigido, ingressando a conduta, em princípio, no risco proibido, a cuja superveniência de um resultado danoso estará vinculada e, em conseqüência, implicar responsabilidade para o agente.

A desobediência às regras produz um risco proibido, desaprovado, caracterizador do desvalor da ação, limite da previsibilidade de ações perigosas.

De ressaltar, por óbvio, a insuficiência desses parâmetros. Ninguém admitirá como socialmente permissível a conduta de quem conduz um veículo na velocidade máxima permitida em lei, diante da probabilidade próxima e iminente de causar danos à pessoa que, desavisada ou desatenta, incapaz ou enferma, atravesse a rua de forma descuidada. Diante da dúvida acerca da possibilidade de lesão, haverão de ser reduzidos os limites da conduta permitida até a abstinência, se indispensável para evitar o resultado lesivo. Este critério, preciso para a aferição da culpa no direito penal comum, é insuficiente para a sua determinação na esfera penal militar. A possibilidade de lesão é sempre presente, a dúvida aqui haverá de ter outro campo de incidência, específico, em relação ao planejamento, execução e controle de ações, não genericamente para todas as ações, dado que em todas as atividades haverá sempre a possibilidade de lesão pelos perigos próprios e característicos da profissão.

Daí a necessidade de aditar critérios auxiliares para a distinção do risco permitido e do risco proibido, assim no direito penal comum como no direito penal militar, com mais acentuadas razões. Não será a gravidade do perigo que determinará essa diferença, adverte Damásio E. de Jesus, ao referir o pensamento de Enrique Gimbernat Ordeic. O perigo e o risco são inerentes ao mundo natural, a permissão e a proibição são axiológicos e derivam das normas de diligência estabelecidas pela ordem social. (10)

A permissibilidade de condutas perigosas advém das estruturas sociais que a disciplina através de critérios de **utilidade e necessidade, evitabilidade e inevitabilidade** do risco. O Risco Permitido ou Proibido estarão, portanto, sempre vinculados à situação concreta, dentro das condições gerais de permissibilidade.

Na ambiência castrense maiores dificuldades defrontará o aplicador do direito, variando, sobremodo, como antes sublinhado, os critérios de utilidade, necessidade, evitabilidade ou inevitabilidade do perigo, em face das especificidades da profissão do militar, na qual a geração e convivência com o risco é inerente, permanente e inseparável do mister.

As condições gerais de permissibilidade estarão extremadas, portanto, no travejamento das regras do ofício e pelo princípio da confiança, segundo os critérios de necessidade, utilidade ou inevitabilidade do perigo.

1.1.2. Regras do ofício e princípio da confiança

Não sendo possível eliminar todos os riscos do tráfego social, o que resultaria na paralisação da produção e da prestação de serviços essenciais para a saúde e para a vida coletiva, os critérios de utilidade, necessidade e inevitabilidade dos riscos serão ditados por *normas jurídicas*, *regras técnicas*, pelo *conhecimento técnico das profissões* - Lex artis - e pelo *dever de informar-se* (2) idem Damásio, pág. 42/43.

Exemplo de norma jurídica que delimita o risco proibido é o art. 279 do CPM. *Dirigir veículo motorizado, sob administração militar, na via pública, encontrando-se em estado de embriaguez, por bebida alcoólica, ou qualquer outro inebriante. Pena – detenção, de três meses a um ano*. Em que pese punir-se a conduta por dolo, não sendo prevista a modalidade culposa, nada obsta a imputação pelo risco proibido.

Regras Técnicas: As Instituições Militares possuem grande número de Regulamentos e Instruções para a utilização de armas, instrumentos, equipamentos, instalações, ou veículos, estabelecidas com a finalidade de reduzir ou eliminar os riscos mais comuns da atividade. São indicadores colhidos pelo desenvolvimento científico e tecnológico, pela experiência consolidada ao longo do tempo e pela repetição das ações, delimitadoras, no campo técnico profissional, do cuidado exigido nas situações concretas e peculiares da profissão do militar. São padrões objetivos que devem servir de balizamento na avaliação do cuidado objetivo exigido.

Manuais – Lex artis: O exercício da profissão do militar, pelos riscos inerentes a atividade, em regra, é regulado por compêndios de consulta e manuseio simples, cujo objetivo é facilitar a execução de tarefas peculiares, a constituir verdadeiros limites a determinadas ações. A mera desobediência aos princípios e regras por estes recomendadas leva à constatação do risco proibido. Vinculando meios e modos de atuação, o descumprimento dos limites recomendados conduz à responsabilização pela produção dos riscos não chancelados pela utilidade e necessidade da conduta. Exemplo digno de nota nesse contexto são os Manuais de Segurança da Instrução Militar, sempre valiosos nas ações de elevados riscos.

De ressaltar-se que não bastará a simples violação das regras técnicas ou dos manuais de exercício para conduzir à responsabilização pelo resultado lesivo. Há de verificar-se se existe o nexo de causalidade entre a violação e o resultado danoso e se o cumprimento da norma técnica impediria o resultado proibido. Há de se reconhecer que, na busca da otimização de meios e modos de atuação, desfrutam os instrutores e comandantes militares de uma faixa de discricionariedade, onde o interesse público não é regulado em sentido amplo, nem pela tutela penal, nem pelas regras técnicas, ou pelos manuais da profissão.

Dever de informar-se: O profissional em geral e o militar em particular, pelos perigos característicos da profissão, devem planejar cuidadosamente a atividade a ser realizada. A surpresa para os militares, em regra, quando não atribuível a caso fortuito ou de força maior, constitui falha de planejamento. Por isso, está obrigado ao exame prévio de todas as ações e conseqüências, de forma a prever todos os resultados potencialmente lesivos. A omissão nesses casos induz a criação de riscos juridicamente desaprovados, conduzindo à violação do dever objetivo de cuidado. No emprego de meios e modos de combate estará obrigado ao conhecimento pleno daquilo que emprega. Não é aceitável que o militar desconheça os efeitos do uso de determinada arma, equipamento, ou acessórios, e os utilize sem o domínio e controle dos efeitos. Se o curso causal de sua atuação não estiver sob seu domínio cognitivo e volitivo deve abster-se de praticá-lo. A dúvida aqui é indutora do risco proibido, a abstinência do comportamento obrigatório, respondendo o agente pelos resultados danosos que der causa.

Princípio da confiança

A confiança é a base de orientação das opções e decisões humanas no meio social. Pressuposto de segurança, constitui valor fundamental nas relações sociais e profissionais, de forma a reduzir ou eliminar os crescentes riscos engendrados pela complexidade das relações humanas na sociedade contemporânea.

Confiança presume segurança e consciência de interdependência da qual não se pode fugir e de cuja existência e valor dependem o êxito das iniciativas, a harmonia, ordem e bem-estar sociais ou profissionais.

O princípio da confiança define a expectativa de comportamentos adequados dos demais partícipes da vida social em ações perigosas. Essa confiança varia conforme a extensão dos riscos implícitos nas atividades dos sujeitos socialmente relacionados, e constitui uma das bases de decisão e orientação da própria conduta. (8)

Se na vida de relação intersubjetiva de todos se exige o dever objetivo de cuidado, *é justo que se espere de cada um o comportamento prudente e inteligente, exigível para uma harmoniosa e pacífica atividade no interior da vida social e comunitária.* (11)

Imprescindível ao meio social, na ambiência militar, sobretudo nesta, o princípio da confiança é a expectativa de cumprimento das rotinas aceitas como indispensáveis à consecução dos fins visados. Valioso em especial nas ações coletivas, nas quais o êxito de uma tarefa se acha na dependência da eficácia da ação de outros, que agem em convergência de vontades e objetivos. Quem atua nessas condições, tem o direito de esperar que seus companheiros atuem em conformidade com as precauções exigidas para a profissão, ou pelas cautelas peculiares da ação empreendida. Por isso, quem deflagra um processo causal de resultado eventualmente lesivo, dentro dos limites do risco permitido, cuja superveniência ingresse no risco proibido pela omissão de outro obrigado a agir, não pratica conduta típica, se as regras do comportamento implicavam a incidência do princípio da confiança. Da mesma forma, não pratica conduta típica quem no desempenho de ação perigosa recíproca dá causa a dano a outrem, cuja conduta, violando o princípio da confiança, ingressou em riscos proibidos assumidos pela própria vítima. As denominadas *Ações a próprio risco* excluem a responsabilidade de quem, conquanto partícipe de obra comum, manteve-se dentro dos limites do princípio da confiança, agindo, ainda que perigosamente, dentro das regras aceitas como apropriadas para a ação.

2. Resultado involuntário

Nos delitos culposos, ao resultado lesivo como efeito há de estar vinculada uma conduta humana voluntária como causa. Conduta humana voluntária que omite a cautela, a atenção ou a diligência devida. A ilicitude nos crimes culposos surge com a discrepância entre a conduta observada e as exigências do ordenamento jurídico com respeito ao cuidado objetivo necessário em todo comportamento, de forma a evitar dano a interesses e bens de terceiros.

Os resultados nos delitos culposos militares serão sempre em detrimento da vida, da saúde, da integridade física, ou do patrimônio, da pessoa ou da instituição militar. Quanto ao aspecto qualitativo o resultado ou evento terá a sua configuração em dano ou perigo de dano. Em nenhuma hipótese será admissível a tentativa, posto que nesta a vontade dirige-se a um resultado proibido, diverso daquele que resulta da conduta culposa, que não é dirigida ao evento típico.

O resultado culposo poderá também qualificar a conduta dolosa ou culposa, nos crimes preterdolosos e culposos qualificados pelo resultado culposo, v.g., nos crimes de perigo comum, art. 277 do CPM, entre outros.

A relevância penal da ação empreendida dependerá sempre da concretização do resultado, sem este, vale dizer, *sem o componente de azar*, como alguns de forma imprecisa costumam denominar, a conduta lesiva ao dever objetivo de cuidado será um indiferente penal. Daí porque indispensável o vínculo objetivo entre a ação e o resultado, relação de causa e efeito de cuja existência dependerá a relevância jurídica do resultado. O evento danoso há de ser produto necessário da conduta que transgride o dever objetivo de cuidado. Sendo inevitável o dano, mesmo que adotadas a cautela, atenção ou diligência ordinárias ou especiais, a que estava obrigado o agente nas circunstâncias, não se caracterizará o delito culposo. O resultado será produto de fatores imprevisíveis ou inevitáveis ainda que previstos, e não efeito necessário da conduta descuidada.

Além do liame objetivo, decorrente do nexo causal naturalístico, há de se verificar a existência de um vínculo normativo, valorativo, confinado ao plano jurídico.

3. Nexo de causalidade - imputação objetiva

Eppur si muove ! (No entanto, se move) insistiria Galileo Galilei – 1564/1642 - para ver-se punido definitivamente com a prisão domiciliar e o silêncio pelo resto dos seus dias, livrando-se da fogueira destinada aos hereges, na qual, antes dele, Giordano Bruno viu-se consumido pelas mesmas razões.

O movimento, ininterrupto, é a força da vida, em qualquer ponto do universo. É do movimento, incessante, que as transformações surgem por força de energias naturais, que alguns consideram cegas, ou pela vontade dos protagonistas principais, os homens, cujos efeitos sequer podem evitar em grande número de casos, convertendo-os em agentes e objeto dessa energia transformadora e eterna.

O Direito Penal ocupa-se apenas de parte dessas transformações, as engendradas pela vontade humana, pretendendo antecipar ações e conseqüências, quando importam em perturbações ou lesões para as relações intersubjetivas. Há ações que dispensam a eclosão do resultado para serem incriminadas, outras os prevêem, mas antecipam a incriminação dispensando a ocorrência, outras exigem a produção naturalística da ocorrência danosa para a responsabilização dos autores. Nesta última se acham os delitos culposos em geral, os delitos militares de par com eles.

Daí porque, imprescindível estabelecer critérios que vinculem o resultado à ação que lhe deu causa. Identificar o liame que constitui o fio condutor entre ação e resultado. É esta relação de causa e efeito que interessa aos crimes culposos na configuração do tipo culposo.

Preceitua o art. 29 do CPM, com idêntica dicção na lei penal comum:

> *Art. 29. O resultado de que depende a existência do crime somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.*

O direito penal militar não distingue causa ou condição; tudo quanto contribua para o resultado é causa. Adotou a teoria da equivalência dos antecedentes causais, ou *conditio sine qua non*. Ainda que outras causas ou condições concorram antes, durante ou depois da ação incriminada, não estará livre o seu autor da imputação pela causalidade objetiva.

Com a adoção da teoria da equivalência dos antecedentes a cadeia causal poderá ser projetada infinitamente, exigindo critérios auxiliares que a limitem, sob pena de perder o sentido prático de instrumento de valoração das condutas relevantes para o direito. O primeiro limite oposto é o elemento subjetivo do comportamento proibido – dolo ou culpa. Além desses limites o resultado resvalará para o imprevisível, ou ainda que previsto, inevitável, por forças superiores a quem age. Assim, toda e qualquer conduta que não for impulsionada pela vontade, livre e consciente na origem, ou pela negação dos cuidados exigidos, estará fora da esfera de incriminação.

Na busca da determinação do momento no qual a lesão a um bem jurídico pode ser atribuído a uma pessoa, reside um dos mais antigos problemas do Direito Penal, cuja solução não foi possível encontrar com o dogma causal naturalístico ou com a doutrina finalista da ação. Para Damásio de Jesus o problema não se resolve na área das ciências físicas, mas no plano jurídico, normativo, valorativo. *Reside no estabelecer o critério de imputação do resultado em face de uma conduta no campo normativo*. Não se destaca o resultado naturalístico, próprio da doutrina causal clássica e do fato típico, mas o evento jurídico, lesão ou perigo de lesão do bem tutelado pelo direito penal.

Significa atribuir a alguém a realização de uma conduta criadora de um risco relevante e juridicamente proibido e a produção de um resultado jurídico. (pág. 280, DP, vol 1, 2002)

Trata-se de atribuir juridicamente a alguém uma conduta de risco proibido e de haver provocado um resultado jurídico, estabelecer um vínculo normativo entre a conduta e o resultado jurídico – dano ou perigo de dano jurídico.

Consiste em aditar um elemento normativo a todos os tipos, dolosos ou culposos, sem este a conduta será atípica, por ausência de imputação objetiva. A tudo, poderíamos resumir: diante da causalidade objetiva verificar-se-ia se a conduta observada criou para o bem tutelado um risco juridicamente proibido e relevante; se o perigo engendrou um resultado jurídico abrangido pelo tipo incriminador.

Nesse passo, não haverá dúvida de que a imputação objetiva somente é aplicável aos crimes materiais, de resultado naturalístico, posto que sem resultado, o crime culposo não teria existência real. Daí, para concluir: o resultado há de ser conseqüência necessária da inobservância do cuidado devido na conduta, esta será a causa daquele; se o resultado ocorreria, ainda que a conduta fosse cautelosa, não seria possível atribuí ao agente, por ausência de nexo causal; se houver inobservância do cuidado devido no agir, mas não sobrevier o resultado, não haverá crime; ainda que a conduta que antecedeu o resultado seja desatenta, descuidada ou com descautela e aquele resultado ocorresse mesmo que a conduta estivesse de acordo com a atenção, cautela ou diligência ordinária ou especial a que estava obrigado o agente nas circunstâncias, não poderia ser atribuído a este o resultado lesivo, visto que ocorreria a despeito daquela.

4. Tipicidade

Nem todo fato da vida social que causa lesão ou perigo de lesão a interesses jurídicos relevantes é incriminado e punido por sanção penal que o condiciona à ordem jurídica. Por isso o legislador apenas previu os comportamentos que maiores reflexos lesivos podem causar à ordem jurídica, definindo-os como condutas proibidas. Essa definição, abstraído qualquer conteúdo valorativo, é a tipicidade.

O tipo legal é a descrição abstrata que expressa os elementos da conduta lesiva.

É a correspondência entre o fato praticado pelo agente e a descrição de cada espécie de infração contida na lei penal incriminadora, conceitua Damásio E. de Jesus. *É a qualidade que possui o fato de encontrar correspondência descritiva no modelo legal*, conclui. (6)

Decorrência lógica do princípio da reserva legal, exige adequação do fato praticado com a descrição abstrata da lei penal. Como sublinha Cezar Roberto Bitencourt, essa adequação, operação intelectual de conexão entre fatos e o modelo típico, *cumpre uma função fundamental na sistemática penal. Sem ela a teoria ficaria sem base, porque a antijuridicidade deambularia sem estabilidade e a culpabilidade perderia sustentação pelo desmoronamento do seu objeto*, socorrendo-se do pensamento de Zaffaroni. (DP, vol 1, Saraiva, 2000.)

III – Conclusão

1ª. A cláusula genérica consagrada no direito penal comum para a valoração do dever objetivo de cuidado, através da fórmula casuística do art. 18, II do CP: Diz-se o crime: culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia, é insuficiente para a delimitação da culpa, em sentido estrito, no Direito Penal Militar;

2ª. A previsibilidade do evento lesivo, adotada pela doutrina clássica como essência do crime culposo, cede à violação do dever objetivo de cuidado como critério para a determinação da culpa *stricto sensu;*

3ª. O dever objetivo de cuidado, eixo central e condutor da conduta culposa, é informado pelos conceitos de risco permitido e risco proibido, pelas regras da profissão do militar e pelo princípio da confiança;

4ª. A permissibilidade de condutas perigosas no âmbito do direito penal militar, advém da estrutura, organização, atribuições, meios e modos e atuação das Instituições Militares, segundo critérios de necessidade, utilidade, evitabilidade ou inevitabilidade do risco, vinculadas a atividades perigosas por sua própria natureza, não se aplicando os escólios da doutrina penal comum. De tal modo discrepam destes, que no âmbito do DP comum, antevisto o resultado lesivo, os limites do risco permitido se estreitam até a abstinência da conduta, ao contrário da ambiência militar, onde o risco é peculiar da própria atividade e o incremento, variação ou grau de risco permitido subordinado a outros fins.

Bibliografia

(1) Lições de Direito Penal. Heleno Cláudio Fragoso, Forense, 6ª ed. pág. 220;

(2) Johannes Wessels, cit. Por Damásio Evangelista de Jesus, DP, 1º vol. Pág. 299, 25ª ed. 2002;

(3) Exposição de Motivos do CP/69, item 10;

(4) Nelson Hungria, Comentários ao Código Penal, Vol. 1, tomo 2. pág. 188;

(5) Cezar Roberto Bitencourt, in Manual de Direito Penal, vol. 1, pág 228, 6ª edição, 2000;

(6) Damásio Evangelista de Jesus, Direito Penal, vol. 1, pág. 304, Saraiva/RJ, 2001;

(7) Engisch. Citado por Muños Conde, Teoria Geral do Delito, Porto Alegre, Sérgio A. Fabris editor, 1988;

(8) Teoria do Crime – Juarez Cirino dos Santos, Ed. Acadêmica, 1993;

(9) Teoria Geral do Crime, José Henrique Pierangelli, Curso sobre a Reforma Penal, Saraiva.1985;

(10) Imputação Objetiva – Damásio de Jesus, Saraiva/RJ, 2000.

(11) Princípios Básicos de Direito Penal, Saraiva/ásicos de Direito Penal, Saraiva/RJ, 1987.

Questões controvertidas sobre a execução penal na Justiça Militar

José Carlos Couto de Carvalho*

O CPM, entre outros dispositivos, trata do cumprimento das penas dos condenados pela Justiça Militar nos artigos 59 a 62 e 84 e seguintes.

Um pequeno preâmbulo faz-se necessário para analisar os motivos que levaram o legislador a modificar os arts. 61 e 62 do CPM, que dizem respeito ao cumprimento das penas impostas pela Justiça Militar.

O elemento histórico é importante para a melhor interpretação, inclusive quanto à elaboração de determinados dispositivos. Com relação à concessão do *sursis*, por exemplo, o art. 606 do CPPM estabelece: "O Conselho de Justiça, o Auditor ou o Tribunal poderão suspender, por tempo não inferior a 2 (dois) anos nem superior a 6 (seis) anos, a execução da pena privativa de liberdade que não exceda a 2 (dois) anos, desde que ...". A nova Lei de Organização Judiciária, Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992, no art. 28, inciso VII, somente atribuiu competência aos Conselhos de Justiça e ao Tribunal para conceder a suspensão condicional da pena, como bem observaram os Doutores Jorge César de Assis e Cláudia Rocha Lamas, na obra A Execução da Sentença na Justiça Militar, Ed. Juruá, 2ª edição, 2005, 4ª tiragem, na pág. 97. Não observou o legislador que, se o condenado passar a ter direito ao *sursis* durante a execução da pena, e sendo o Juiz-Auditor o executor da sentença, é ele quem deve adequá-la para conceder a suspensão condicional da execução da pena. Como exemplo, podem ser citadas as hipóteses ocorridas a partir de 1º de janeiro de 1970, com a vigência do atual CPM. Vários condenados que estavam cumprindo suas penas, em face da *lex mitior* que instituiu o *sursis* na esfera militar, passaram a ter direito ao instituto, o que lhes foi concedido pelo Juiz-Auditor, executor da sentença. Tal hipótese ainda pode ocorrer no caso do advento de uma *lex mitior,* como, por exemplo, alterando os delitos que são objeto da vedação do art. 88 do CPM e possibilitando a concessão do *sursis* para condenados que estejam cumprindo as suas penas pela prática daqueles delitos.

A Lei nº 6.620, de 17 de dezembro de 1978 (Lei de Segurança Nacional), por exemplo, passou a sancionar os assaltos somente nos casos de motivação política, revogando o art. 27 do Decreto-Lei nº 898/69, que estabelecia: "Assaltar, roubar ou depredar estabelecimento de crédito ou financiamento, **qualquer que seja a sua motivação.**" (destaques nossos) Assim, na época, os condenados pela Justiça Militar por assalto a banco tiveram as suas penas adequadas para o delito de roubo previsto no Código Penal comum, aplicando-se o instituto da adequação de penas.

O art. 61 do CPM vigente tinha a seguinte redação: "A pena privativa de liberdade por mais de dois anos, imposta a militar, é cumprida em penitenciária militar e, na falta desta, em penitenciária civil, ficando o recluso ou detento sujeito a**o regime do estabelecimento a que seja recolhido**." (destaques nossos)

A Lei nº 6.544, de 30 de junho de 1978, alterou o referido dispositivo, preceituando: "A pena privativa da liberdade por mais de 2 (dois) anos, aplicada a militar, é cumprida em penitenciária militar e, na falta dessa, em estabelecimento prisional civil, ficando o recluso ou detento sujeito ao regime **conforme a legislação penal comum, de cujos benefícios e concessões, também, poderá gozar.**" (destacamos)

---

* Subprocurador-Geral da Justiça Militar (AP). Membro da Câmara Editorial Geral da Escola Superior do Ministério Público da União e Professor de Direito Penal Militar e Processo Penal Militar.

Surge uma primeira dúvida em relação ao referido dispositivo, pois, sendo o militar condenado a mais de dois anos, se praça, estaria sujeito à exclusão das Forças Armadas, na forma do art. 102 do CPM, e, se oficial, seria passível da perda do posto e patente, por força do que dispõe o art. 142, inciso VII, da Constituição da República. Assim, é evidente que tal disposição só seria aplicável enquanto o militar não fosse excluído das Forças Armadas ou se, por qualquer motivo, mesmo condenado a pena superior a dois anos, permanecesse na Força, o que pode ocorrer, por exemplo, se o STM não acolher a Representação da Procuradoria-Geral no sentido da perda do posto e patente do oficial condenado a mais de 2 (dois) anos.

O art. 62 do CPM tinha a seguinte redação: "O civil cumpre a pena imposta pela Justiça Militar em penitenciária civil ou, à falta, em seção especial de prisão comum, ficando **sujeito ao regime do estabelecimento a que seja recolhido**. Parágrafo único. Por crime militar praticado em tempo de guerra poderá o civil ficar sujeito a cumprir a pena, no todo ou em parte, em penitenciária militar, se, em benefício da segurança nacional, assim o determinar a sentença." (destacamos)

O referido artigo também foi alterado pela citada Lei nº 6.544/78, passando a prescrever: "O civil cumpre a pena aplicada pela Justiça Militar, em estabelecimento prisional civil, **ficando ele sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, de cujos benefícios e concessões, também, poderá gozar**. Parágrafo único. Por crime militar praticado em tempo de guerra poderá o civil ficar sujeito a cumprir a pena, no todo ou em parte em penitenciária militar, se, em benefício da segurança nacional, assim o determinar a sentença." (destaques nossos)

Por que os citados dispositivos do CPM foram alterados pela Lei nº 6.544, de 30 de junho de 1978?

As referidas alterações decorreram das profundas modificações introduzidas na legislação comum brasileira, relativamente à execução das penas, pela Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, a qual, alterando a legislação comum, instituiu a denominada prisão-albergue e novas formas do cumprimento da pena privativa de liberdade.

Em palestra proferida em 27 de agosto de 1983, na Universidade do Distrito Federal, que foi publicada sob o título "Prisão- Albergue", o Ministro do Superior Tribunal Militar, Doutor GUALTER GODINHO, na pág. 17, observa: "A oficialização da instituição da prisão- albergue no Brasil apenas se operou com a Lei Federal nº 6.416, de 24 de maio de 1977." Na pág. 21, o eminente Ministro comenta as conseqüências da referida lei na legislação penal militar: "Também a legislação especial respeitante à Justiça Militar sofreu a influência das normas comuns estabelecidas pela Lei nº 6.416/77, referentes aos regimes carcerários. Assim, a Lei nº 6.544, de 30 de junho de 1978, prevê o estabelecimento da *prisão-albergue* aos condenados pela justiça castrense. Este último diploma legal que alterou os dispositivos do Código Penal Militar (DL nº 1.001, de 21-10-69) e do Código de Processo Penal Militar (DL 1.002, de 21-10-69), imprimiu nova redação aos artigos 61 e 62, *caput*, do Código Penal Militar, **não deixando dúvida quanto à extensão à Justiça Especial dos preceitos da legislação penal comum, relativos aos regimes de prisão neles estabelecidos**." (destacamos)

Na época, alguns se opuseram à aplicação das disposições da lei penal comum aos condenados pela Justiça Militar, **sob o fundamento de que, apesar da alteração legislativa, faltava regulamentação para a aplicacão dos benefícios**, entre eles o da prisão-albergue. **Todavia, prevaleceu o referido posicionamento somente no caso de condenado militar que deveria cumprir a pena em estabelecimento prisional militar.**

Sobre a questão, que ainda é atual, manifestou-se o Ministro GUALTER GODINHO, na pág. 22, *in verbis*: "Há, por outro lado, os que, por princípio e de um modo geral se opõem à extensão do benefício da prisão-albergue à Justiça Militar. Entendem que, dadas as peculiaridades da

Justiça Especial, as regras disciplinadoras da concessão do instituto, na área da Justiça Comum, não lhe são aplicáveis, **por falta de regulamentação**. Apenas, **em parte**, todavia, procede a alegada falta de regulamentação da matéria no âmbito da Justiça Militar, de molde a justificar o indeferimento de pedidos de prisão-albergue. Para bem situar a matéria, há que se distinguir, obrigatoriamente, os condenados civis dos militares da Justiça Especial. **Assim, no tocante aos primeiros, os civis, o assunto se encontra regulamentado, de forma expressa, pelo referido art. 62 do Código Penal Militar, com a redação imprimida pela Lei nº 6.544, de 30 de junho de 1978** ...". Após citar o supramencionado artigo, prossegue o palestrante: "Como se verifica das taxativas disposições do inciso legal transcrito, a matéria *independe de nova regulamentação*. Em se tratando de *condenado civil* pela Justiça Militar, deverá ele cumprir a pena em estabelecimento prisional civil, sujeito à legislação penal comum e ao regime prisional nele existente. A aferição dos pressupostos objetivos e subjetivos para a concessão do benefício Prisão-Albergue e seu deferimento competem ao Juízo Militar, aplicador da pena. O parágrafo único deste artigo, mantido pelo legislador de 1978, contém apenas uma exceção: poderá o civil condenado pela prática do delito militar, em tempo de guerra ficar sujeito a cumprir a pena, no todo ou em parte, em Penitenciária Militar, se assim o determinar a sentença, em benefício da Segurança Nacional. **Dúvida também inexiste com relação aos apenados militares da Justiça Militar, com condenação superior a 2 (dois) anos, e que, *na falta de penitenciária militar, devam cumprir suas penas em estabelecimento prisional civil.*** É o que expressamente estabelece o art. 61 do CPM, com a nova redação imprimida pela citada Lei nº 6.544/78 ..." (destacamos)

Inobstante o preceituado no art. 61 do CPM, no sentido de que os militares, na falta de penitenciária militar, devam cumprir suas penas em estabelecimento prisional civil, há alguma disposição legal que assegure ao militar o cumprimento da pena de prisão ou detenção somente em organização militar?

Sim. **O art. 73 do Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980) estabelece, *in litteris:*** "As prerrogativas dos militares são constituídas pelas honras, dignidades e distinções devidas aos graus hierárquicos e cargos. Parágrafo único. São prerrogativas dos militares: (...) c) **cumprimento de pena de prisão ou detenção somente em organização militar da respectiva Força cujo comandante, chefe ou diretor tenha precedência hierárquica sobre o preso ou, na impossibilidade de cumprir esta disposição, em organização militar de outra Força cujo comandante, chefe ou diretor tenha a necessária precedência**; ...". (destaques nossos)

É importante observar que a Constituição Federal, no art. 142, inciso X, estabelece: "a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra."

Em conseqüência, identificamos, na verdade, duas espécies de condenados cumprindo pena imposta pela Justiça Militar: **os militares, que cumprem suas penas em estabelecimentos prisionais militares, e os civis, abrangidos as ex-praças, que foram excluídas das Forças Armadas, e os ex-oficiais, que perderam o posto e a patente.**

Desde o advento da citada Lei nº 6.544/78, surgiu uma questão que até hoje é objeto de debates, qual seja, se os militares que cumprem as suas penas em estabelecimentos militares têm direito aos benefícios e concessões da legislação penal comum. O entendimento jurisprudencial tem sido no sentido negativo, sob o fundamento de que falta regulamentação para tal.

Já naquela época se manifestava o Ministro Gualter Godinho, na publicação citada, nas págs. 24 e 25, referindo-se à situação dos militares que cumpriam pena em estabelecimentos prisionais

militares: "A 2ª situação diz respeito aos militares condenados a penas de reclusão ou de detenção até dois anos, convertida em prisão (art. 59 do CPM), bem como os apenados em quaisquer outras graduações superiores, que venham a cumpri-las em estabelecimento militar. Para estes não há falar em prisão-albergue ou qualquer outra vantagem ou benefício próprios da legislação penal comum. Como se acentuou, é da essência da Justiça Militar que os condenados militares cumpram suas penas nos quartéis ou estabelecimentos prisionais militares. Somente em casos excepcionais, repetimos, como os previstos no art. 61 do CPM, transcrito, pode o militar cumprir pena em estabelecimento prisional civil sujeitando-se às normas da legislação penal comum. Entendemos, portanto, que, em face das peculiaridades da Justiça Castrense, dificilmente ocorrerá a regulamentação do regime de prisão-albergue em seu âmbito, desde que haja estabelecimento prisional militar para cumprimento das penalidades impostas. Reforça tal entendimento o Acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal no recurso de Habeas Corpus de São Paulo nº 57.698, relator o eminente Ministro Djaci Falcão, que vem sendo invocado como norma para o entendimento de que a adoção do regime de prisão-albergue na Justiça Militar depende de regulamentação. Realmente a hipótese versada no citado *writ* se insere entre as que não admitem a concessão do mencionado benefício no âmbito da Justiça especial. E isso por se tratar de indeferimento de pedido de *habeas corpus* a um oficial da Polícia Militar de São Paulo, condenado pela Justiça Militar estadual à pena de 18 (dezoito) anos de reclusão, que vinha sendo cumprida no Presídio Militar de Barro Branco, estabelecimento prisional militar, onde são executadas as decisões condenatórias impostas aos integrantes da Polícia Militar do Estado. É evidente, pois, a inteira procedência do indeferimento do recurso pela Suprema Corte, alegando falta de regulamentação da matéria na esfera da Justiça Castrense, desde que o paciente, como militar, cumpria a sanção que lhe fora imposta em penitenciária militar. Tal decisão, contudo, deve ser interpretada dentro dos estritos termos em que foi proferida."

Na pág. 26, observou o eminente palestrante: "De um modo geral, é oportuno acentuar, os Juízes-Auditores da Justiça Militar Federal, **com a concordância dos representantes do *parquet* militar,** têm proferido decisões concessivas do benefício da prisão-albergue a condenados civis pela justiça especial. Raros são os casos submetidos, em grau de recurso contra tais concessões, ao Superior Tribunal Militar".

Na época, sem dúvida, competia ao Juiz-Auditor a execução das sentenças prolatadas pela Justiça Militar, na forma do art. 46, inciso XIII, da então vigente LOJM (Decreto-Lei nº 1.003, de 21 de outubro de 1969), mesmo quando os condenados cumpriam penas em estabelecimentos prisionais civis.

Quando e por que a competência para executar as sentenças dos condenados pela Justiça Militar que cumprem pena em estabelecimento prisional civil passou a ser da Justiça ordinária?

A referida competência foi alterada com o advento da Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, que estabeleceu no art. 2º: "A jurisdição penal dos juízes ou tribunais da justiça ordinária, em todo o território nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta lei e do Código de Processo Penal. Parágrafo único. **Esta lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária**." (destacamos) Concluímos que, sem sombra de dúvida, o civil cumpre a pena imposta pela Justiça Militar Federal em estabelecimento prisional civil e o juiz competente para a execução é o juiz da justiça ordinária, na forma do art. 2º da LEP (Lei nº 7.210/84).

Julio Fabbrini Mirabete, na obra Execução Penal, Editora Atlas, 11ª edição, 2006, na pág. 36, observa: "Por força do art. 2º, parágrafo único, a Lei de Execução Penal aplica-se igualmente ao

preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária. Diante de tal dispositivo, deixou de existir a dúvida criada durante a vigência do ordenamento jurídico anterior sobre a competência e atribuições do juízo da execução penal comum na hipótese. Desaparece a injustificável diversidade de tratamento disciplinar a presos recolhidos ao mesmo estabelecimento, impedindo-se o tratamento discriminatório de presos ou internados submetidos a jurisdições diversas. O STJ editou a Súmula 192 nesse sentido: 'Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual'. Ficam todos, portanto, submetidos ao mesmo regime jurídico da Lei de Execução Penal, a ser aplicada pela Justiça ordinária (item 3.8). De outro lado, estando o condenado pela Justiça castrense recolhido a estabelecimento prisional militar, não se aplicam a ele as regras da Lei de Execução Penal".

Por que podemos afirmar que é assegurado, também no processo penal militar, o duplo grau de jurisdição na execução?

Porque várias hipóteses de recurso em sentido estrito enumeradas no art. 516 do CPPM são previstas para decisões que são ou podem ser prolatadas no processo de execução. Por exemplo, podemos citar o art. 516, letras "j", "l", "m", "o" e "p".

Em comentários à Lei 7.210, de 11.07.1984, Mirabete, na obra citada, na pág. 36, observa: "Outro princípio a ser observado é o duplo grau de jurisdição, que embora não amparado em norma constitucional, é tradicionalmente aplicável a todo o processo, garantindo a possibilidade de revisão, por via de recurso, das decisões do juiz da execução. Tal princípio é consagrado expressamente no art. 197 da Lei de Execução Penal, que prevê o recurso de agravo, sem efeito suspensivo, das decisões proferidas pelo juiz."

Há a possibilidade de uma sentença condenatória de um civil na Justiça Militar ser executada pelo Juiz-Auditor, na forma do art. 30, inciso XI, da LOJM (Lei nº 8.457/92)?

Sim. Nos casos em que for concedido o *sursis*, o condenado não estará cumprindo pena em estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária e, portanto, a sentença deve ser executada pelo Juiz-Auditor.

Na supramencionada hipótese, o que ocorrerá se o *sursis* for revogado?

Ora, se o *sursis* for revogado, a pena deverá ser cumprida em estabelecimento prisional civil, como determina o art. 62 do CPM, e, portanto, na forma do art. 2º da LEP, a competência passará para o juiz da jurisdição ordinária.

O *SURSIS* só passou a ser admitido na Justiça Militar com o advento da Legislação de 1969. Assim, somente a partir do dia 1º de janeiro de 1970, ou seja, com a vigência do CPM (Decreto-Lei nº 1.001/69), CPPM (Decreto-Lei nº 1.002/69) e LOJM (Decreto-Lei nº 1003/69), todos de 21 de outubro de 1969, o referido instituto passou a ser aplicado aos condenados pela prática de crimes militares, observadas as vedações constantes do art. 88, incisos I e II, do CPM e as prescritas no art. 617, incisos I e II, alíneas "a" e "b", do CPPM, havendo divergências entre os referidos dispositivos.

Alguns estudiosos da matéria têm argüido a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que vedam a concessão dos *sursis* a determinados crimes, sob o fundamento de que, se o condenado for cumprir a pena em estabelecimento prisional civil, estaria sendo violado o princípio da isonomia. Contudo, outros adotam posicionamento contrário, observando que, se o condenado for cumprir a pena em estabelecimento civil, ficará sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, passando a ter direito aos benefícios e concessões daquela legislação.

Com referência às vedações constantes do citado artigo 88 do CPM, excelente sugestão é dada pelos Doutores Jorge César de Assis e Cláudia Rocha Lamas, na obra citada, na pág. 82:

"Tratando-se de crime propriamente militar (contra o serviço ou o dever militar), os rigores da legislação castrense justificam-se enquanto o sentenciado detiver a condição de militar. Sendo civil, a rigorosa restrição legal não tem mais sentido já que nenhum benefício poderia trazer às instituições militares colocar-se esse sentenciado, com uma pena relativamente pequena, diretamente no ambiente carcerário comum sem poder beneficiar-se dos benefícios legais vigentes. De *lege ferenda*, poder-se-ia acrescentar um parágrafo único ao art. 88, alcançando, inclusive, os demais delitos ali presentes, *verbis*: 'Art. 88 ... I ... II ... a) ... b) ... *Parágrafo único*: A restrição contida no presente artigo somente é aplicada ao condenado que, por ocasião do cumprimento da pena em tempo de paz, mantiver a condição peculiar de militar'."

O art. 87 do CPM estabelece: "Se o prazo expira sem que tenha sido revogada a suspensão, fica extinta a pena privativa de liberdade." Tal disposição é aplicável mesmo se o beneficiário estiver respondendo a processo que, no caso de condenação, possa acarretar a revogação, haja vista que o art. 86, § 3º, estabelece que, no caso, considera-se prorrogado o prazo da suspensão até o julgamento definitivo?

Não, pois, caso contrário, não teria sentido o dispositivo que autoriza a prorrogação.

Doutrina: Comentando os arts. 81, § 2º e 82, ambos do CP comum, que correspondem, respectivamente, aos arts. 86, § 3º e 87 do CPM, Mirabete, na obra citada, nas págs. 687 e 688, ensina: "Determina o art. 82 do Código Penal, com a redação que lhe deu a Lei nº 7.209/84, que 'expirado o prazo sem que tenha havido revogação, considera-se extinta a pena privativa de liberdade'. Comparando-se tal dispositivo com a lei anterior, em que se determina a extinção da pena se o prazo se expirasse sem que tivesse ocorrido 'motivo para a revogação', já se tem afirmado que tal extinção se processa mesmo que o condenado tivesse cometido um crime antes ou durante o prazo de vigência do benefício. **Esse entendimento de que a simples passagem do tempo, originariamente fixado para o período de prova, sem notícia de outra condenação, extingue a pena, ignora dispositivo expresso da lei, que determina a prorrogação automática do prazo enquanto o condenado estiver sendo processado** (item 5.130). Prorroga-se obrigatoriamente o prazo até o advento da decisão irrecorrível por diferente infração, se cometida antes ou durante o período de prova, pois é necessário apurar se o réu é culpado ou inocente, e só a sentença irrecorrível o decidirá. **Se assim não se entendesse, o art. 81, § 2º, do Código Penal seria inteiramente inócuo:** para que prorrogar o prazo se, advindo sentença condenatória irrecorrível, não se poderá revogar o *sursis*? Estando em andamento processo durante o prazo do sursis, este é prorrogado *ope legis*, automaticamente, até decisão final, e ocorrendo condenação, a revogação é de rigor. É recente lição do STF: nos termos do § 2º do art. 81 do Código Penal, se o beneficiário está sendo processado por outro crime, considera-se prorrogado o prazo da suspensão até o julgamento definitivo, ainda que tome conhecimento do outro processo após vencido o prazo originário." (destaques nossos)

Existem divergências doutrinárias sobre a natureza jurídica da execução penal?

Com referência à questão, Renato Marcão, na obra Curso de Execução Penal, Ed. Saraiva, 4ª edição, 2007, nas págs. 1 e 2, observa: "Doutrina e jurisprudência apontam divergências sobre a natureza jurídica da execução penal. ADA PELLEGRINI GRINOVER ensina que: 'Na verdade, não se nega que a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes estaduais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais'. Segundo PAULO LÚCIO NOGUEIRA, 'a execução penal é de *natureza mista, complexa e eclética*, no sentido de que certas normas de execução pertencem ao direito processual, como a solução de incidentes, enquanto outras que regulam a execução propriamente dita pertencem ao direito administrativo'." Ainda na mesma página,

prossegue o autor: "Temos que a execução penal é de natureza jurisdicional, não obstante a intensa atividade administrativa que a envolve. O título em que se funda a execução decorre da atividade jurisdicional no processo de conhecimento, e, como qualquer outra *execução forçada*, a decorrente de sentença penal condenatória ou absolutória imprópria só poderá ser feita pelo Poder Judiciário, o mesmo se verificando em relação a execução de decisão homologatória de transação penal. De tal conclusão segue que, também na execução penal, devem ser observados, entre outros, os princípios do contraditório, da ampla defesa, da legalidade e do *due process of law*. Embora não se possa negar tratar-se de atividade complexa, não é pelo fato de não prescindir de certo rol de atividades administrativas que sua natureza se transmuda; hoje prevalece a atividade jurisdicional, não só na solução dos incidentes da execução. Envolvida intensamente no plano administrativo, não se desnatura, até porque todo e qualquer incidente ocorrido na execução pode ser submetido à apreciação judicial, por imperativo constitucional (art. 5º, XXXV, da CF)".

Júlio Fabbrini Mirabete, na obra citada, na pág. 31, sobre a natureza jurídica da execução penal, ensina: "Na doutrina, há basicamente duas posições a respeito da natureza jurídica da execução penal. De um lado, juristas alemães, principalmente, sustentam a jurisdicionalidade da execução penal, alicerçados no brocardo latino *jurisditio sine executione esse non potest*. De outro, os processualistas italianos e franceses, de modo geral, entendem que a execução é uma atividade prevalentemente administrativa, dotada, no entanto, de jurisdicionalidade episódica.". Na mesma página, aduz o autor: "Seguramente a Lei de Execução Penal seguiu a primeira orientação, como deixa claro o seu art. 2º, *caput*, referindo-se à 'jurisdição penal' e ao 'processo de execução'."

Na pág. 35, observa: "No processo de execução, evidentemente, vigem as garantias concedidas a todo processo penal, entre os quais o contraditório, o uso dos meios de prova garantidos em geral, a presença do juiz natural, a publicidade, o duplo grau de jurisdição etc. **Pelo princípio do contraditório, que consiste na igualdade das partes dentro do processo, é necessário que se dê ciência dos atos praticados ao condenado e ao Ministério Público, fiscal da execução, pois somente assim se poderá efetivá-lo. É decorrência desse princípio o direito de também produzirem, em igualdade de condições, as provas relativas a suas pretensões; de se manifestarem a respeito da matéria a ser objeto de decisão jurisdicional; de recorrerem das decisões etc. Ressalte-se que o Ministério Público, embora não seja parte material do processo, é órgão fiscal da lei de execução (art. 67) e como tal tem os mesmos direitos daquela a fim de poder desempenhar essa atividade fundamental, competindo-lhe todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo (art. 68, II, a), ou seja, de oficiar para que se respeitem os direitos indisponíveis do condenado e se promova a adequada aplicação da lei (itens 3.28 a 3.30). Aliás, como se afirma modernamente, no processo o que se realiza é não a vontade das partes, mas a vontade da lei**". (destaques nossos)

O art. 68 da LEP, citado por Mirabete, dispõe: "Incumbe, ainda ao Ministério Público: I – fiscalizar a regularidade formal das guias de recolhimento e de internamento; II – requerer: a) todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo; b) a instauração dos incidentes de excesso e desvio de execução; c) a aplicação de medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança; d) a revogação da medida de segurança; e) a conversão de pena, a progressão ou regressão nos regimes e a revogação da suspensão condicional da pena e do livramento condicional; f) a internação, a desinternação e o restabelecimento da situação anterior; III – interpor recursos de decisões proferidas pela autoridade judiciária, durante a execução. Parágrafo único. O órgão do Ministério Público visitará mensalmente os estabelecimentos penais, registrando a sua presença em livro próprio."

Tais disposições, no que for aplicável, devem ser observadas no processo de execução na Justiça Militar, por força do que dispõe o art. 3º, alínea "a", do CPPM, pois, se compete ao Ministério Público Militar fiscalizar a execução, sobre a matéria, há consideráveis lacunas na legislação processual penal militar a serem supridas.

Mirabete, na obra citada, na pág. 36, menciona os seguintes acórdãos sobre a natureza jurídica do processo de execução, *in litteris*: "TJSP: 'Execução Penal – observância às garantias da ampla defesa e contraditório – A execução penal desenvolve-se no plano administrativo e jurisdicional. Quando chamado a julgar na execução o juiz exerce função jurisdicional e deve fazê-lo através do devido processo legal'. (AG nº 243.256-3/1, 5ª Câmara, em 12-3-98) TACRSP: 'Diante de sua inegável natureza jurisdicional, são aplicáveis ao processo de execução da pena as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa' (**RDJTACRIM** 30/329)."

Após citar a disposição constante do art. 127, *caput*, da Constituição da República, também consagrada no art. 1º da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, e no art. 1º da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, observa o supramencionado autor, na pág. 227: "... 'o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis'. Para a defesa assinalada, realça-se a conclusão de que, substancialmente, o Ministério Público tem uma atividade fiscalizadora em toda a sua atividade funcional, quer na esfera civil, quer na esfera penal. Sempre que estiver em discussão uma relação jurídica litigiosa, num conflito de interesses, uma norma de ordem pública ou um direito indisponível, irrenunciável, impõe-se função fiscalizadora dessa Instituição. Para fiscalizar o **Ministério Público pode *requerer* e então transforma-se diretamente em parte processual, ou pode *intervir*. Observa Renan Severo Teixeira da Cunha: pouco importa que para essa fiscalização vista as roupagens de parte requerente ou de órgão interveniente; sempre será órgão fiscalizador, com todas as conseqüências dessa atividade**." (destaques nossos)

É importante observar que a LEP (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984), no seu art. 67, dispõe: "O Ministério Público fiscalizará a execução da pena e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes da execução".

Mesmo abstraindo-se as disposições constitucionais em que se funda o entendimento de que o Ministério Público deve ser ouvido em todo o processo de execução, a legislação processual penal militar contém disposições expressas sobre a atuação do MPM, estabelecendo, por exemplo, no art. 55, que cabe ao Ministério Público fiscalizar o cumprimento da lei penal militar.

Examinando-se o livro IV do CPPM, que trata da execução, verificam-se várias disposições que consagram a participação do Ministério Público Militar na execução das sentenças prolatadas pela Justiça Militar, como podemos observar do exame dos seguintes dispositivos: "Art. 605. Iniciada a execução das interdições temporárias, o auditor, de ofício, **ou a requerimento do Ministério Público** ou do condenado, fará as devidas comunicações do seu termo final, em complemento às providências determinadas no artigo anterior." **Com referência ao *sursis*: "Art. 608, § 4º** o Conselho de Justiça poderá fixar, a qualquer tempo, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, outras condições além das especificadas na sentença e das referidas no parágrafo anterior, desde que as circunstâncias o aconselhem". "**Art. 608, § 6º** A entidade fiscalizadora deverá comunicar imediatamente ao Auditor ou ao **representante do Ministério Público Militar**, qualquer fato capaz de acarretar a revogação do benefício, a prorrogação do prazo ou a modificação das condições." **Em relação ao livramento condicional: "Art. 635. A revogação será decretada a requerimento do Ministério Público** ou mediante representação do Conselho Penitenciário, ou dos patronatos oficiais, ou do órgão a que incumbir a vigilância, ou de ofício, podendo ser ouvido

antes o liberado e feitas diligências, permitida a produção de provas, no prazo de cinco dias, sem prejuízo do disposto no art. 630, letra *c*." "**Art. 636.** O auditor ou o Tribunal, a **requerimento do Ministério Público** ou do Conselho Penitenciário, dos patronatos, ou órgão de vigilância, poderá modificar as normas de conduta impostas na sentença, devendo a respectiva decisão ser lida ao liberado por uma das autoridades ou um dos funcionários indicados no art. 639, letra *a*, com a observância do disposto nas letras *b* e *c, e* §§ 1º e 2º do mesmo artigo." "**Art. 638**. O Juiz, de ofício ou a requerimento do interessado, do **Ministério Público** ou do Conselho Penitenciário, julgará extinta a pena privativa de liberdade, se expirar o prazo do livramento sem revogação ou, na hipótese do artigo anterior, for o liberado absolvido por sentença irrecorrível." Sobre o indulto: "**Art. 648**. Concedido o indulto ou comutada a pena, o juiz de ofício, ou por iniciativa do interessado ou do **Ministério Público**, mandará juntar aos autos a cópia do decreto, a cujos termos ajustará a excecução da pena, para modificá-la, ou declarar a extinção da punibilidade". Em relação à anistia: "**Art. 650.** Concedida a anistia, após transitar em julgado a sentença condenatória, o auditor, de ofício, ou por iniciativa do interessado ou do **Ministério Público**, declarará extinta a punibilidade." **Relativamente à reabilitação**: "**Art. 658**. A revogação da reabilitação será decretada pelo auditor, de ofício ou a requerimento do interessado, ou do Ministério Público, se a pessoa reabilitada for condenada, por decisão definitiva, ao cumprimento de pena privativa de liberdade." **No que diz respeito à aplicação das medidas de segurança durante a execução: "Art. 661**. A aplicação da medida de segurança, nos casos previstos neste capítulo, incumbirá ao juiz da execução e poderá ser decretada de ofício ou a **requerimento do Ministério Público.**" "Art. 670. O transgressor de qualquer das medidas de segurança a que se referem os arts. 667, 668 e 669, será responsabilizado por crime de desobediência contra a administração da Justiça Militar, devendo o juiz, logo que a autoridade policial lhe faça a devida comunicação, mandá-la juntar aos autos, **e dar vista ao Ministério Público, para os fins de direito." "Art. 671**. A cessação, ou não, da periculosidade é verificada ao fim do prazo mínimo da duração da medida de segurança, pelo exame das condições da pessoa a que tiver sido imposta, observando-se o seguinte: (...) **alínea *e*)** junto aos autos o relatório, ou realizadas as diligências, serão ouvidos, sucessivamente, o **Ministério Público** e o curador ou o defensor, no prazo de 3 (três) dias; (...) **alínea *g*) ouvidas as partes** ou realizadas as diligências a que se refere o parágrafo anterior, será proferida a decisão no prazo de 5 (cinco) dias." (destaques nossos)

Com referência à reabilitação, é importante ressaltar que, embora seja previsto o recurso de ofício no art. 654 do CPPM, o representante do MPM pode recorrer da decisão que conceder, na forma do art. 516, alínea "j", do CPPM, considerando que a referida disposição estabelece que cabe recurso em sentido estrito da decisão que decretar a prescrição, ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade, tendo em vista que, na legislação penal militar, a reabilitação ainda tem a natureza jurídica de causa extintiva da punibilidade.

A não manifestação do Órgão Ministerial no processo de execução ensejaria nulidade?

Segundo a doutrina, a resposta é sim.

Na obra Curso de Execução Penal, já citada, na pág. 80, observa Renato Marcão, sobre a atuação do Ministério Público: "As atividades fiscalizatória e postulatória o legitimam, inclusive a formular postulações a favor do executado. Nessa mesma ordem de idéias foi elaborada a Súmula 80 das 'Mesas de Processo Penal', atividade ligada ao Departamento de Direito Processual da Universidade de São Paulo, tendo como Presidente o Professor DANTE BUSSANA e como Vice-Presidentes a Profª ADA PELLEGRINI GRINOVER e o Prof.

OSCAR XAVIER DE FREITAS, com a seguinte redação: 'No processo de execução o **Ministério Público tem poder de impulso para solicitar provimentos jurisdicionais em prol do sentenciado'. Dentro do processo executivo e seus eventuais incidentes, é ampla sua atuação fiscalizadora. Sua oitiva é imperiosa, sob pena de nulidade, embora existam julgados em sentido contrário, como se tem decidido algumas vezes a hipótese da extinção da pena verificada sem sua oitiva prévia.**" (destacamos)

Questão de grande importância é a referente aos direitos dos presos que cumprem pena em estabelecimento prisional militar ou em Unidade militar.

Embora dirigindo-se aos presos provisórios, a legislação processual penal militar, nos arts. 240 e seguintes, estabelece condições que devem ser observadas em relação aos detentos quanto ao local, o qual deve ser limpo e arejado, assegurando-se o repouso durante a noite, a sua integridade física e moral, a presença de pessoa da família, a assistência religiosa e de advogado. No art. 666, o CPPM dispõe: "O trabalho nos estabelecimentos referidos no art. 113 do Código Penal Militar será educativo e remunerado, de modo a assegurar ao internado meios de subsistência, quando cessar a internação."

Inobstante a copiosa jurisprudência do STF e do STM no sentido de que "A Lei. 7210/84 (LEP) só se aplica aos apenados pela Justiça Militar quando recolhidos a estabelecimento prisional sujeito à Jurisdição ordinária" (STF, HC 73.920-2-RJ, DJU de 8-11-96), independentemente de qualquer regulamentação e com fulcro no art. 3º, alínea "a", do CPPM, nada impede que certos benefícios da LEP, excetuado o regime de cumprimento das penas, sejam aplicados aos condenados pela Justiça Militar que cumpram suas penas em estabelecimentos penais militares, como, por exemplo, podem ser citados o art. 11 da referida lei, que estabelece: "A assistência será: I – material; II – à saúde; III – jurídica; IV – educacional; V – social; VI – religiosa".

Inclusive, sugere-se que, em relação aos regimes, seja providenciada uma legislação com referência aos condenados que cumpram a pena em estabelecimentos militares, haja vista que têm ocorrido casos de condenados pela Justiça comum, que, não sendo excluídos das Forças Armadas, cumprem suas penas em unidades militares, fazendo jus, por exemplo, ao regime semi-aberto, ao lado de outros presos que, porque foram condenados pela Justiça Militar, não têm direito aos benefícios da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), sendo, então, violado o princípio da isonomia.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Código de Processo Penal Militar. *Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969*.

BRASIL. Código Penal. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de fevereiro de 1940*.

BRASIL. Código Penal Militar. *Decreto-lei nº 6.227, de 24 de janeiro de 1944*.

BRASIL Código Penal Militar. *Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969*.

BRASIL. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Leis, decretos, etc. Lei de Organização Judiciária Militar. *Decreto-lei nº 1.003, de 21 de outubro de 1969*.

BRASIL. Leis, decretos, etc. Segurança Nacional. *Decreto-lei nº 898, de 29 de setembro de 1969*.

BRASIL. Leis, decretos, etc. Prisão Albergue. *Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977*.

BRASIL. Leis, decretos, etc. Alteração dos arts. 61 e 62 do CPM. *Lei nº 6.544, de 30 de agosto de 1978*.

BRASIL. Leis, decretos, etc. Lei de Segurança Nacional. *Lei nº 6.620, de 17 de dezembro de 1978*.

BRASIL. Leis, decretos, etc. Estatuto dos Militares. *Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980*.

BRASIL. Leis, decretos,etc. Lei de Execução Penal. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*.

ASSIS, Jorge César de, LAMAS, Cláudia Rocha. *A Execução da Sentença na Justiça Militar*. 2 ed. Curitiba:Juruá, 2005.

GODINHO, Gualter. *Prisão Albergue*. Palestra proferida em 27 de agosto de 1983, na Universidade do Distrito Federal, Brasília, DF, 1983.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 1.

Crime Militar Próprio ou Propriamente Militar[1]

Miguel Reale Júnior*

A Constituição Federal, em seu art. 124, estatui que compete à Justiça Militar **processar e julgar os crimes militares definidos em lei**.

Esta referência nada diz quanto à natureza do crime militar, deixando à lei ordinária estabelecer quais sejam os crimes considerados militares. A lei, por sua vez, o Código Penal Militar, também quanto à substância pouco diz, pois se limita a, primeiramente, circunscrever por exclusão, ao dispor no art. 9, I, que se consideram crimes militares em tempos de paz "os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial".

Em seguida, no inciso II do art. 9º, capitulam-se como crimes militares também os delitos consoantes do Código Penal Militar, mas igualmente descritos na Lei Penal Comum, mas que tenham sido praticados por militares em determinadas situações. Assim é, por exemplo, crime militar o realizado por militar em situação de atividade contra militar na mesma situação ou assemelhado, bem como o efetuado por militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil.

Por fim, no inciso III do art. 9º, indica-se como crime militar os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, como, por exemplo, em ofensa ao patrimônio sob a administração militar, ou em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade.

Como se verifica, o Código Penal Militar classifica como crime militar, primeiramente, o tipo penal constante do Código que não exista na legislação penal comum ou que, sem sua descrição, seja diverso da figura similar integrante da legislação penal comum. São crimes militares, também, os praticados por militares em situações nas quais se atente contra o interesse militar, seja por atingir outro militar, seja por ocorrer em lugar sob a administração militar. Militar, outrossim, é considerado o crime praticado por militar, assemelhado ou civil que lesione a instituição militar, como o fato lesivo ao patrimônio sob administração militar.

A legislação não define, portanto, no que consiste em sua essência o crime militar, mas recorre a diversos critérios para classificar fatos delituosos como crimes militares, isto é, em face da qualidade do sujeito ativo, do sujeito passivo, da situação de lugar ou de tempo, como, por exemplo, o estado de guerra.

Coube ao longo dos anos à Doutrina, muito mais que à Jurisprudência, buscar uma conceituação de **crime militar**[2] e mais recentemente, por força do disposto na Constituição Federal de 1.988 e na Nova Parte Geral do Código Penal, Lei 9.209/84, estabelecer o que vem a ser **crime militar próprio**.

---

[1] Comunicação no Seminário Internacional: Direitos Humanos e Administração Da Justiça por Tribunais Militares

* Professor Doutor Titular de Direito Penal da Universidade de São Paulo

[2] A respeito vide BANDEIRA, Esmeraldino, **Tratado de Direito Penal Militar**, parte geral, volume primeiro, Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos editor, 1.925, p. 115 e seguintes; SCHUCH, Lauro, **Autonomia do Direito Penal Militar e da Jurisidção Castrense**, in: Anais do I Congresso de Direito Penal Militar, 3º volume, Rio de Janeiro, Imprensa do Exército, 1. 969, p. 218 e seguintes; FIGUEIREDO, Telma Angélica, **Excludentes de ilicitude no Direito Penal Militar**, Tese de Doutoramento apresentada em 1.998 à Faculdade de Direito da USP, p. 60 e seguintes; LIMA PESSOA, Rui de, **Crimes militares**, *in*: Revista do Superior Tribunal Militar, v.10, Brasília, 1.998, p. 147 e seguintes; ASSIS, Jorge Cesar de, **Direito Militar - aspectos penais, processuais, penais e administrativos**, 2ª ed, Curitiba, Juruá, 2.007, p. 107 e seguintes; SOUZA CRUZ, Ione de, e AMIN MIGUEL, Cláudio, **Elementos de Direito Penal Militar**, parte geral, Rio de Janeiro, Lúmen Iuris, 2.005, p. 29 e seguintes; MANZINI, Vicenzo, **Diritto Penale Militare**, 2ª ed., Milão, Cedam, 1.932, p. 8 e seguintes.

Sucede, então, que se torna, em face do preceituado na Constituição Federal e no Código Penal Comum, imprescindível estabelecer não apenas o que seja crime militar, mas muito especialmente no que consiste o **crime propriamente militar**[3], a que se refere o Inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal ou o crime militar próprio, mencionado no art. 64, II, do Código Penal.

O crime militar próprio submete-se, desarte, a dois vieses: um benefício do agente do crime e outro em seu **prejuízo**. O prejuízo decorre da similitude desse tipo de crime à transgressão disciplinar a justificar, no inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal, que o agente do delito possa ser preso sem ordem escrita da autoridade judiciária competente. De outro lado, dá-se um **benefício**, pois, segundo o preceituado no art. 67, II, do Código Penal, a condenação anterior por crime militar próprio não gera reincidência, na hipótese de condenação posterior por crime comum.

Eventual ampliação do conceito de crime militar próprio pela Doutrina levaria a reduzir as hipótese de reincidência, mas a aumentar os casos nos quais se pode decretar a prisão pela autoridade administrativa, dispensada a ordem judicial.

Seria, então, suficiente e capaz para definir crime militar próprio o consoante ao art. 9º, I, do Código Penal Militar? Seriam crimes militares próprios as figuras típicas não previstas na Lei Penal Comum, mas presentes no Código Penal Militar?

Ora, alguns dos tipos exclusivamente integrantes do Código Penal Militar descrevem condutas ofensivas diretamente aos interesses essenciais da vida castrense, em afronta aos valores da disciplina, da hierarquia e da lealdade à Força, tais como o "crime de violência contra o superior", "deserção", "descumprimento de missão", "embriaguez em serviço" e "dormir em serviço". Seria, nas hipóteses, uma distinção fundada na qualidade do fato, no específico bem jurídico próprio da instituição militar que se visa a tutelar.

As figuras típicas dotadas destas características seriam, por exemplo, como antes apenas lembrado:

- **Violência contra superior**
  Art. 157. Praticar violência contra superior:
  Pena - detenção, de três meses a dois anos.
  Formas qualificadas
  § 1º Se o superior é comandante da unidade a que pertence o agente, ou oficial general:
  Pena - reclusão, de três a nove anos.

- **Deserção**
  Art. 187. Ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias.
  Pena - detenção, de seis meses a dois anos; se oficial, a pena é agravada.

- **Descumprimento de missão**
  Art. 196. Deixar o militar de desempenhar a missão que lhe foi confiada.
  Pena - detenção, de seis meses a dois anos, se o fato não constitui crime mais grave.
  § 1º Se é oficial o agente, a pena é aumentada de um terço.
  § 2º Se o agente exercia função de comando, a pena é aumentada de metade.

---

[3] A respeito, vide especialmente ROMEIRO, Jorge Alberto, Crimes propriamente militares, in: Revista Ajuris, nº 61, ano XXI, julho de 1.994, p. 183 e seguintes, que modifica seu pensamento em face do preceituado na Constituição, art. 5º, LXI e no Código Penal, art. 64, II, deixando de entender que o conceito de crime propriamente militar ou militar próprio decorreria do preceituado no art. 9º, I do Código Penal Militar.

- **Embriaguez em serviço**
  Art. 202. Embriagar-se o militar, quando em serviço, ou apresentar-se embriagado para prestá-lo.
  Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

- **Dormir em serviço**
  Art. 203. Dormir o militar, quando em serviço, como oficial de quarto ou de ronda, ou em situação equivalente, ou, não sendo oficial, em serviço de sentinela, vigia, plantão às máquinas, ao leme, de ronda ou em qualquer serviço de natureza semelhante.
  Pena - detenção, de três meses a um ano.

- **Inobservância de lei, regulamento ou instrução**
  Art. 324. Deixar, no exercício de função, de observar lei, regulamento ou instrução, dando causa direta à prática de ato prejudicial à administração militar.
  Pena - se o fato foi praticado por tolerância, detenção até seis meses; se por negligência, suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função, de três meses a um ano.

Essas figuras penais são específicas à vida militar e apenas constam do Código penal Militar, mesmo porque tão só podem ser praticadas por militares, além de se efetivarem em afronta aos deveres de cunho militar, que constituem interesses jurídicos militares específicos, necessários ao cumprimento da missão das forças militares.

Sucede, todavia, que há outras figuras penais apenas constantes do Código Penal Militar, e não da legislação penal comum, que podem ser praticadas por civis como o crime de insubmissão:

- **Insubmissão**
  Art. 183. Deixar de apresentar-se o convocado à incorporação, dentro do prazo que lhe foi marcado, ou, apresentando-se, ausentar-se antes do ato oficial de incorporação.
  Pena - impedimento, de três meses a um ano.

- **Criação ou simulação de incapacidade física**
  Art. 184. Criar ou simular incapacidade física, que inabilite o convocado para o serviço militar:
  Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Outros tipos não atingem interesses jurídicos militares específicos, como os deveres de ordem e hierarquia, mas apenas constam do Código Penal Militar, no qual são descritos como crime, apesar de não serem previstos pela legislação comum. Tais condutas tornam-se dignas de repressão penal pelo Código Penal Militar por atingirem interesses da administração militar. Lembram-se as seguintes figuras penais do Código Penal Militar: **furto de uso (art. 240§ 2º) e o dano culposo (art.266)**.

Dessa maneira, cabe perguntar: o critério para fixar a classificação de determinado crime como **militar próprio** pode derivar do estabelecido no art. 9º, I, do Código Penal Militar, ou seja, da circunstância da figura penal tão só constar do Código Penal Militar e não se encontrar na legislação penal comum?

Igualmente, cumpre indagar: seria crime militar próprio unicamente o que exige seja o sujeito ativo militar?

A resposta é negativa para ambas as perguntas.

Como já se viu, há, exclusivamente, no Código Penal Militar figuras típicas ao constante do Código Penal Comum, como o furto de uso e o dano culposo, que convém sejam reprimidos penalmente em face do interesse de preservação da incolumidade do patrimônio da administração militar. Nada justifica, no entanto, que se assemelhem tais condutas a transgressões disciplinares, aponto de se admitir que os agentes sejam presos independentemente de ordem escrita de autoridade judicial.

Todavia, cabe dúvidas se a condenação de um civil ou militar por crime de furto de uso ou por dano culposo, em prejuízo do patrimônio militar, tal como previsto no Código Penal Militar deveria gerar reincidência. Entendo que sim. A meu ver, deve ser considerada a condenação por tais crimes, previstos tão só no Código Penal Militar, para fins de reincidência, de vez que não se tratam de crimes militares próprios em sua substância, mas de figuras incriminadas em face do objeto material diverso sobre o qual recaem as condutas, não se podendo classificá-las dentro do conceito de crime militar próprio. O exemplo está na admissão do crime de dano culposo pela Lei dos Crimes Ambientais, caso o dano atinja Unidade de Conservação Ambiental.

De outra parte, há crime previsto no Código Penal Militar, que apenas poderia no Estatuto Especial vir a ser descrito, como o de **violência contra militar de serviço**[4], mas que pode ser praticado tanto por militar como por civil, e não se deve considerar como crime militar próprio, por ter, como sujeito passivo e objeto material sobre o qual recai a ação, **um militar** e por estar previsto apenas no Código Penal Militar. Ademais, a condenação por violência contra militar de serviço não pode deixar de ser considerada para fins de reincidência, tão só em vista da especificidade da violência, cujo sujeito passivo é o militar de serviço.

Assim, concluo: não se pode derivar da circunstância de ser a conduta apenas incriminada pelo Código Penal Militar e não pela Legislação Penal Comum o critério para se classificar determinada conduta como crime militar próprio.

De outra parte, há crime como o de insubmissão e o de simulação de incapacidade para ser incorporado (arts. 183 e 184 do Código Penal Militar) que apenas pode ser praticado por civil, malgrado a jurisprudência tenha fixado que apenas cabe a ação penal se o agente tiver sido incorporado. Desarte, a condição de militar do sujeito ativo não é também dado caracterizador do crime como militar próprio.

Dessa maneira, é crime militar próprio aquele que se justifica seja assemelhado à transgressão disciplinar a ponto de se dispensar, na forma do art. 5º, LIX da Constituição, para decretação da prisão a ordem escrita de autoridade judicial e que, ao mesmo tempo, tenha especificidade a ponto de não dever ser considerada a condenação por tal crime como fato antecedente para fins de reincidência.

Mas, qual a natureza ou substância do crime militar próprio? A resposta deve ser dada em face das circunstâncias de que, por um lado, neste tipo de crime o agente pode ser preso sem ser em flagrante ou por ordem judicial e por outro a condenação anterior deve ser considerada irrelevante para fins de caracterização da reincidência.

A meu ver, a substância do crime militar próprio está no valor atingido, qual seja a ordem, a disciplina e hierarquia, essenciais ao fim a que se destina a instituição militar, bases fundamentais para o correto cumprimento de sua missão. Nesta categoria, enquadram-se as figuras acima lembradas da deserção, da violência a superior hierárquico, de embriaguez em serviço, de dormir em serviço, bem como da insubmissão.

---

[4] **Violência contra militar de serviço**
Art. 158. Praticar violência contra oficial de dia, de serviço, ou de quarto, ou contra sentinela, vigia ou plantão:
Pena - reclusão, de três a oito anos.

De modo geral, tais figuras penais apenas podem ter por sujeito ativo o militar, mas, como se vê no crime de insubmissão, tal qualidade não é característica obrigatória do crime ofensivo à ordem e disciplina militares.

Cabe, portanto, examinar as razões fundantes dos preceitos do inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal e do art. 64, II, do Código Penal para se extrair um elemento substancial definidor do crime militar próprio, que tanto se equipara a uma transgressão disciplinar a dispensara emissão de ordem judicial para se legitimar a prisão do agente, como por sua intrínseca especialidade, como crime que ofende apenas o interesse nuclear da estrutura militar, não pode a condenação por sua prática vir a gerar a reincidência no plano do Direito Penal Comum.

A exigência da combinação de ambas as características acima enunciadas conduz a que se entenda como crime propriamente militar ou militar próprio, a figura típica lesiva dos valores essenciais da disciplina, da ordem e da hierarquia, próprias da estrutura militar, como condição de garantia do cumprimento de sua missão ou pressuposto intransponível para qualquer atividade militar.

Como infração a deveres fundamentais da organização militar, com respeito a tais crimes, próprios da vida militar hierarquizada e disciplinada, não precisa que haja determinação judicial para a prisão do agente, pois a detenção imediata, mesmo sem flagrante é exigência da manutenção da ordem e do respeito aos superiores para cumprimento da missão militar, que compreende a **defesa da pátria**.

É o que ressalta, em conferência proferida em 2.002, o Ministro Flávio Flores da Cunha Bierrenbach: "a existência de Forças Armadas como instituições, nacionais e permanentes, configura um fato de enorme relevância para o país, em toda sua dimensão histórica, política e jurídica, pois, segundo a **Constituição da República**, que é a Carta Magna, a Lei Suprema, essas são as únicas instituições que têm por finalidade **a defesa da Pátria, além da garantia dos poderes constitucionais**"[5].

Só assim se pode compreender a exceção contida na Constituição para a exigência de que a prisão decorra de ordem escrita de autoridade judicial, dado elementar do Estado de Direito, pois só a proteção de interesses militares essenciais à missão de defesa da pátria legitimaria a exceção de dispensa de ordem judicial escrita para a efetivação de limitação da liberdade.

De outra parte, a especificidade do dever descumprido explica a razão pela qual não se admite a condenação por crimes dessa natureza como antecedente a ser levado em conta para o reconhecimento da reincidência. O descumprimento desses deveres específicos da vida militar explica que se exclua a condenação por crimes dessa natureza como antecedente no compito da reincidência.

O vetor, portanto, definidor do crime militar próprio ou propriamente militar, está no caráter específico do dever descumprido, na afronta aos valores fundamentais da disciplina, da ordem e da hierarquia como dado exclusivamente caracterizador do delito, ao atingir o cerne da estrutura da organização militar, que visa, entre outras missões, à defesa da pátria e não apenas à proteção do interesse da administração militar.

---

[5] **A Justiça Militar da União e o Princípio da Igualdade.**

A prescrição do crime de deserção

Zilah Maria Callado Fadul Petersen*

Notas introdutórias

O desenvolvimento do tema exige uma análise lógica e sistemática do Sistema Jurídico nacional vigente, nele destacando normas jurídicas especializadas que disciplinam a deserção como crime militar, bem como a prescrição como um dos meios de extinção da punibilidade de seu agente.

O Direito se manifesta nas normas e princípios jurídicos que conjunta e coerentemente o traduzem, voltados à disciplinação da conduta social. Essa normatização da conduta é feita em face de bens e direitos considerados jurídica e socialmente relevantes, e o Direito determina, de forma expressa ou implícita, aquilo que socialmente o ser humano deve fazer, não fazer ou deixar de fazer, assegurando o cumprimento de suas determinações ao sancionar as condutas que delas divergirem. E ao especificar e agrupar os diversos campos de interesses e seus respectivos preceitos normativos remete, para o âmbito penal, a regulação das condutas que atingem bens e direitos fundamentais não só do ser humano, como do todo social, imputando, aos seus transgressores, as mais graves sanções jurídicas: as sanções penais.

Incumbe, assim, ao Sistema Penal, a disciplinação da conduta no sentido de impor o respeito a bens e direitos tidos como prioritários no contexto social, sancionando, com a pena abstratamente cominada e concretamente realizada em cada decisão judicial, o descumprimento do dever jurídico dali decorrente. Tais normas não são arbitrariamente lançadas no campo penal, seja este geral, concernente ao Código Penal comum, ou especial, referente ao Código Penal Militar e outras Legislações Penais especiais, como as voltadas ao Direito Eleitoral, Direito Ambiental e Direito Tributário, dentre outras. Destinam-se, especificamente, às garantias jurídicas ali pretendidas.

Assim, ao integrarem um ordenamento jurídico, as normas penais ficam submetidas a princípios que exigem coerência lógica com as demais normas daquele sistema, encimadas pela Carta Maior e pelos princípios lógicos que dela defluem.

No Sistema Jurídico brasileiro a deserção se apresenta como crime essencialmente militar, especial, portanto, tipificado apenas no Código Penal Militar (CPM), e com seu processo especificado no Código de Processo Penal Militar (CPPM), cujas normas são aplicadas em uma jurisdição especializada: a Justiça Militar. Essa jurisdição se apresenta estruturada quer em âmbito federal, voltada aos militares integrantes das Forças Armadas nacionais – Marinha, Exército e Aeronáutica -, e aos civis nos restritos casos legalmente permitidos, quer em âmbito mais restrito, concernente ao Distrito Federal e aos Estados-membros da Federação, voltada exclusivamente aos seus respectivos Policiais e Bombeiros Militares.

A análise do poder do Estado na imposição de sanções decorrentes do descumprimento de deveres jurídicos, penalmente sancionados, e a ocorrência de diversas situações envolvendo um desertor, tanto quando este, ainda em procedimento de Instrução Provisória de Deserção, aguarda a instauração do respectivo processo criminal, como quando já se encontra ou respondendo a processo criminal regularmente iniciado, ou em fase de execução definitiva de sentença condenatória, tem provocado algumas discussões e divergências doutrinárias, judiciais e

* Doutora em Direito, pela Universidade de São Paulo, com trabalho de pesquisa em nível de pós-doutorado pela Universidade de Paris (Paris 2); Magistrada integrante da Justiça Militar da União; Professora aposentada da Universidade Federal do Pará; Professora dos Cursos de Direito da UPIS e de Cursos de pós-graduação do UniCEUB; Membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas.

jurisprudenciais quanto aos fundamentos jurídicos e respectivo prazo prescricional, aplicáveis a cada caso. E este é o cerne da presente pesquisa.

2. A especialidade do crime de deserção

A análise de cada sistema jurídico possibilita que nele seja visualizada a existência de direitos e obrigações que justificam a introdução, naquele amplo campo da experiência jurídica, de preceitos, voltados à conduta social dos jurisdicionados, cujo desrespeito configura o ilícito, com imposição da sanção jurídica correspondente. E como, no âmbito criminal, a visualização de tal conduta é feita à luz da Política Criminal ali vivenciada na ocasião, e não de uma postura arbitrária do legislador, há evidente possibilidade de flutuação temporal tanto do conteúdo do dever sancionado, quanto da pena cominada ao transgressor. Há inclusão, no âmbito penal, de condutas tidas como ilícitas e voltadas a bens considerados de grande importância, independentemente da aparente concomitância com outras sanções de natureza diversa da penal, impostas ao mesmo fato, mas em graduação diversa.

Há, assim, no contexto do ordenamento jurídico, normas gerais, inclusive no âmbito penal, voltadas a questões que interessam a toda a comunidade, e outras, especiais, concernentes a bens e condutas específicos, relacionados a apenas uma parte, embora sensível, daquela comunidade. E como normas especiais, diante da ocorrência dos elementos que atraem sua especialidade, aplicam-se àqueles fatos, afastando a incidência das normas gerais também previstas para fatos com núcleos idênticos[1] em obediência ao princípio lógico que afirma: "*lex specialis derogat lex generallis*".

Voltando-nos ao Sistema Jurídico brasileiro vigente verificamos que, em decorrência das particularidades do bem jurídico penalmente protegido, dos agentes do ilícito e dos demais elementos caracterizadores do crime, a existência do crime militar em um Direito Penal especializado, configurado no Direito Penal Militar, acarreta a disciplinação específica de determinados institutos jurídicos. Embora não exclusivos, tais institutos são aplicáveis ao crime militar, como ocorre com a prescrição – quer da ação penal, quer da execução da pena -, com evidente afastamento de algumas de suas regras gerais, concernentes a outros ilícitos estranhos àquela especialização. Mesmo assim, é inarredável, do intérprete, uma postura lógico-sistemática para abranger, em seu trabalho, a compreensão da questão em face do Sistema Penal especial que a abriga, e diante deste como parte do Sistema Jurídico estatal.

Abstraindo-se a análise ou referência dos crimes militares em tempo de guerra, encontram-se os crimes militares em tempo de paz legalmente configurados no artigo 9º, Título I, do Livro Único, da Parte Geral do Código Penal Militar[2], e tipificados no Livro I, da Parte Especial, do aludido Código. O artigo 9º, referido, fixa os requisitos qualificadores do crime militar em tempo de paz, os quais deverão ser analisados em concomitância com o tipo penal que estiver sendo questionado. Para Jorge Alberto Romeiro, o critério *ratione legis* é, desde a Constituição de 1946, o único existente no Direito brasileiro para a conceituação de crime militar, afirmando que "*crime militar é o que a lei define como tal*"[3].

Nesse contexto encontra-se o crime de deserção, tipificado no Capítulo II, integrante do Título III, do Livro I, da Parte Especial do Diploma Legal mencionado, que dispõe acerca dos "*Crimes contra o Serviço Militar e o Dever Militar*", bens juridicamente protegidos pelo enunciado legal

---

[1] Diversos elementos podem ser fixados para identificar a especialidade, por exemplo, de uma norma penal, tais como o agente do ilícito ou o lugar de ocorrência do fato.

[2] Brasil. Leis, decretos etc. Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 *in* Legislação Penal Militar, organização e notas de Edgard de Brito Chaves Júnior. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

[3] Curso de Direito Penal Militar. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 66.

das condutas proibidas, especialmente no caso de deserção ora apreciado. Ampliando-se a busca sistemática, verifica-se que as obrigações jurídicas relacionadas ao dever militar e ao serviço militar encontram-se previstas nos artigos 142, *caput*, e 143, da Constituição Federal brasileira vigente[4]. *Verbis*:

> *"Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem."[...]*
>
> *Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei. [...]*

O mencionado Capítulo II, do Diploma Penal Castrense, inicia com o tipo central do crime de deserção, constante de seu artigo 187, em torno do qual será construída a presente reflexão, embora alcançando todos os demais crimes ali tipificados como deserção[5]. *In verbis*:

> *"Art. 187. Ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de 8 (oito) dias:*
>
> *Pena – detenção, de 6 (seis) meses a dois anos; se oficial, a pena é agravada"*

Ao tipo previsto no artigo 187, acima transcrito, o legislador penal castrense acresceu quatro "*casos assimilados*" de deserção, tipificados no artigo 188, aos quais é cominada a mesma pena prevista no artigo 187. Após dispor sobre atenuante e agravante especiais para os crimes tipificados nos artigos 187 e 188, o artigo 190 tipifica a "*deserção especial*", com gradação da pena de acordo com a data de apresentação do desertor, e no artigo 192, a "*deserção por evasão ou fuga*". Tipifica, ainda, nos artigos 191, 193 e 194, os crimes de "*concerto para deserção*", "*favorecimento a desertor*" e "*omissão de oficial*", respectivamente, estranhos aos núcleos dos tipos penais diferentes ao crime de deserção, embora concernentes ao mencionado crime.

Como anteriormente afirmado, consta, do artigo 187, o tipo central do crime de deserção e, em conseqüência, os elementos essenciais à análise aqui desenvolvida. A partir de seu exame constata-se que o crime de deserção se apresenta como crime essencial ou propriamente militar já que somente poderá ser praticado por militar, opondo-se ao crime acidental ou impropriamente militar, pois este poderá ser praticado por qualquer dos agentes referidos no artigo 9º, do CPM. A qualidade militar do agente é inarredável para a configuração do crime de deserção, devendo ser militar que se encontre no Serviço Ativo, sendo o crime inocorrente com o militar da reserva, o reformado e qualquer outro que, eventualmente, esteja legalmente afastado da atividade, enquanto durar esse afastamento[6].

Ressalte-se que, em face da função constitucional das Forças Armadas como sustentáculo da soberania nacional, e da obrigatoriedade do Serviço Militar ao lado do Serviço Militar voluntário e profissional, o crime de deserção é rigidamente tratado pelo legislador penal castrense, embora tal rigidez não se revele propriamente na pena a ele cominada, mas em outros elementos que integram a sanção estatal, tais como: possibilidade de ser o desertor submetido à prisão enquanto se encontrar naquela situação, e sem ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, apresentando-se como exceção aos direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos e garantidos; proibição legal de suspensão condicional da pena aplicada em

---

[4] Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos. 1/92 a 55/2007 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos. 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007.

[5] Na presente investigação interessa a análise das conseqüências jurídico-penais dos atos tipificados como crime de deserção, e não dos meios através dos quais pode tal crime ser consumado.

[6] Os fundamentos doutrinariamente defendidos para a distinção entre crimes essencial ou propriamente militares e crimes acidental ou impropriamente militares não serão aqui discutidos porque estranhos a este trabalho, sendo, contudo, importante destacar que a Constituição Federal vigente realçou tal distinção em seu artigo 5º, inciso LXI.

processo criminal que resulta em condenação do desertor; longa duração do prazo prescricional estabelecido no artigo 132, do CPM; efeitos administrativos, como licenciamento do Serviço Militar; e efeitos civis, como os que envolvem a exigência do documento comprobatório do cumprimento do Serviço Militar obrigatório.

As características próprias do crime de deserção o apresentam como crime de mera conduta, formal e instantâneo, opondo-se ao crime permanente uma vez que, neste, a consumação se protai no tempo[7]. Consuma-se a deserção tipificada no artigo 187, ao se completarem os oito dias de ausência ali referidos, contados na forma do parágrafo 1º, do artigo 451, do CPPM[8], iniciando-se "*à zero hora do dia seguinte em que foi verificada a falta injustificada do militar*". Antes da consumação, o militar é apenas considerado ausente, permanecendo no chamado prazo de graça, e caso retorne ao Quartel nesse período terá incorrido apenas em transgressão disciplinar e nessa esfera o fato deverá ser examinado[9].

Assim, embora formal e instantâneo, o crime de deserção apresenta um elemento permanente pois, a partir de sua consumação, sujeita o desertor à prisão. Diz o artigo 5º, inciso LXI, *in fine*, da Constituição Federal brasileira vigente:

> *"Art. 5º. [...]*
> *LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;"*

Desse modo, enquanto se encontrar na condição de trânsfuga, a prisão do desertor pode ocorrer em qualquer época, independendo, em geral, para sua realização, de ordem escrita de autoridade judiciária competente, situação que suscita diversas controvérsias jurídicas, cuja discussão, entretanto, extrapola o tema deste trabalho.

Apresentando-se ou sendo capturado, o desertor retorna ao Serviço Militar ativo por reinclusão, após ser considerado apto em inspeção de saúde, ou reversão, quando cabível, estando assim passível de ser denunciado na Justiça Castrense, tornando-se réu em processo de deserção. Ficará, entretanto, isento do processo e da reinclusão quando considerado incapaz para aquele Serviço (art.457, § 2º, do Código de Processo Penal Militar).

Verifica-se, em conseqüência, que a situação de militar da ativa é condição essencial do agente para a configuração, em tese, do crime de deserção, apresentando-se como condição de procedibilidade da denúncia.

3. Deserção e prescrição penal

Ao atrair, para si, a função jurisdicional, o Estado subtraiu da vítima o seu poder de reação à ameaça ou ofensa a direito, atribuindo-se a função de garantidor dos direitos expressa ou implicitamente reconhecidos em seu Sistema Jurídico.

Numa grande síntese diríamos que a reação a uma ameaça ou ofensa a direito protegido pelo Direito Positivo não pode, entretanto, dilatar-se indefinidamente no tempo, pois a segurança das

---

[7] Alguns autores afirmam ser a deserção um crime de mera conduta e permanente, vinculando, equivocadamente, *data venia*, este último elemento à possibilidade legal de prisão do desertor em qualquer tempo, em flagrante. Se considerarmos, contudo, que a consumação do crime permanente se prolonga no tempo a partir do momento em que seus elementos do tipo se reúnem, mantendo o bem jurídico todo o tempo submetido à ofensa (por exemplo: o seqüestro), é possível concluir, com diversos outros estudiosos do Direito, que o crime de deserção é crime instantâneo, consumado tão-logo realizados os elementos do tipo, trazendo, inclusive, a imediata exclusão ou afastamento do desertor do Serviço Militar ativo, mantendo, como efeito penal permanente, apenas a submissão do agente à prisão.

[8] Brasil. Leis, decretos etc. Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 *in* Legislação Penal Militar, organização e notas de Edgard de Brito Chaves Júnior. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

[9] De sua natureza instantânea decorre a impossibilidade jurídica da tentativa no crime de deserção.

relações jurídicas, a paz social e a tranqüilidade psíquica daqueles que, um dia, violaram direito alheio, impõem a necessidade de limitar, no tempo, um período razoável para a busca da satisfação e restauração do direito violado, após o qual o autor do ilícito deverá ficar liberado de qualquer chamamento judicial para responder acerca do fato.

O período de tempo fixado em cada Direito Positivo para a ocorrência da prescrição varia de acordo com os elementos considerados relevantes em cada campo de interesse jurídico, e os fatos que envolvem os termos inicial e final, a interrupção ou suspensão da contagem do tempo, bem como o âmbito e a extensão da eficácia da prescrição, são fixados, nos sistemas jurídicos romanísticos, em normas legais específicas.

3.1 Prescrição da ação penal e da execução da pena

Embora as legislações penais mais antigas não tenham tratado do instituto da prescrição, o Direito Romano cuidou da prescrição da pretensão punitiva, mas sua extensão à execução da pena ocorreu somente no Século XVIII, com o Código Penal francês de 1791[10].

Inegável a relevância do tempo no Sistema Jurídico, pois marca o surgimento, a modificação, objetiva ou subjetiva, e a perda de direitos que ali se encontram abrigados. Sob o aspecto político-criminal, várias teorias justificam e procuram explicar o instituto da prescrição, destacando-se, dentre seus argumentos: as dificuldades, inerentes ao decurso do tempo, de reunião ou manutenção das provas do crime; a angústia e insegurança do delinqüente diante da possibilidade de se ver processar, a qualquer momento, pelo ilícito praticado, situação que corresponde a uma efetiva pena substitutiva; o esquecimento social do fato ocorrido; a obrigação que tem o Estado de atuar rapidamente na repressão da criminalidade e respeitar, a partir de um momento razoável, a segurança e a paz daquele que delinqüiu.

A prescrição, no sentido jurídico atual, resulta da negligência manifestada pelo titular de um direito na instauração da ação respectiva ou em sua execução, exprimindo o modo pelo qual o direito se extingue tendo em vista a inércia de seu titular durante determinado período de tempo assinalado em lei. Com ela, o Estado procura limitar, no campo penal, seu *jus persequendi* e o *jus executoris* a lapsos temporais determinados pela norma, após os quais afasta-se a conseqüência penal da violação da norma proibitiva. Assim, a prescrição envolve, em seu sentido jurídico, a perda de um direito em decorrência de seu não exercício em determinado prazo.

Ocorrida a prescrição, extingue-se o direito por ela atingido. Mas, em algumas ocasiões, o titular do direito não pode agir ou está impossibilitado – às vezes legalmente - de fazê-lo, não havendo, em verdade, negligência, omissão ou inércia acerca de seu direito, daí decorrendo a ampliação de prazos prescricionais para determinados casos, e até mesmo a idéia de imprescritibilidade.

Apesar das discussões doutrinárias a respeito do tema, verifica-se que a prescrição penal configura-se, num primeiro conceito, como a extinção do direito de punir do Estado em face do decurso do tempo, isto é, a perda da pretensão punitiva ou executória do Estado tendo em vista seu não exercício dentro de certo prazo. Extingue, portanto, o direito do Estado exercer seu *jus persequendi in juditio* ou o *jus executoris* ou *punitionis*, isto é, a pretensão punitiva do Estado e sua pretensão executória da pena, ambas resultantes do decurso do tempo.

Sobre o assunto, assim se manifesta Damásio de Jesus:

[10] ROMEIRO, Jorge Alberto. Op. cit. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 298.

"*Na prescrição da pretensão punitiva (chamada impropriamente de prescrição da ação), o decurso do tempo faz com que o Estado perca o direito de punir no tocante à pretensão de o Poder Judiciário julgar a lide e aplicar a sanção abstrata (aspiração de punição). Não se trata de o Estado perder o direito de ação, pois a prescrição atinge imediatamente o* jus puniendi*, ao contrário do que ocorre com a perempção e a decadência, que primeiro atingem o direito de ação, para, depois, por via indireta, atingir o direito de punir.*

Na prescrição da pretensão executória (chamada impropriamente de prescrição da condenação), o decurso do tempo sem o seu exercício faz com que o Estado perca o direito de executar a sanção imposta na sentença condenatória"[11].

Nesse mesmo sentido a opinião de Mirabete:

"*Prescrição é a perda do direito de punir do Estado pelo decurso do tempo. O desaparecimento do interesse estatal na repressão do crime, em razão do tempo decorrido, justifica o instituto, perdendo a sanção penal sua finalidade quando o infrator não reincide e se readapta à vida social. Ocorrido o crime, nasce para o Estado a pretensão de punir o autor pelo fato criminoso, que deve ser exercido dentro de determinado lapso temporal, que varia de acordo com a figura criminosa e segundo o critério do máximo cominado em abstrato da pena privativa de liberdade*"[12].

Assim, apesar da interferência de várias teorias, basicamente foi acatada aquela, segundo a qual, a prescrição surge como penalidade imposta ao titular de um direito, em decorrência de sua inércia ou negligência. E como a ação penal, na jurisdição militar, é sempre – ressalvada uma única exceção, constitucional – pública, é o Estado atingido em seu poder jurisdicional. Conclui-se, a partir desse fundamento, que apesar do decurso do tempo, estando o titular do direito atuante, inexistirá a prescrição sempre que possível a sua suspensão ou interrupção através da ocorrência de suas respectivas causas, legalmente previstas.

Além disso, a função jurisdicional, ínsita na soberania estatal, configura a prescrição como matéria de ordem pública, e assim deve estar expressamente regulada em lei que estabeleça as condições de sua efetividade, possibilitando, desse modo, sua aplicação aos casos concretos, com seus respectivos prazos, suspensões e interrupções.

3.2 Prescrição do crime de deserção

Examinando-se o Código Penal Militar, verifica-se que o Título III, de sua Parte Geral, dispõe acerca da extinção da punibilidade, destacando, no artigo 123, inciso IV, a prescrição como uma das causas extintivas ali consagradas, disciplinando-a nos artigos 124 a 133. E como legislação especial, diante de um crime militar tais normas se sobrepõem às previstas no Código Penal comum.

O artigo 124, do mencionado CPM, preconiza que "*a prescrição refere-se à ação penal ou à execução da pena*", estando fixados, no artigo 125, os prazos para a ocorrência da prescrição da ação penal, e no artigo 126, os correspondentes à prescrição da execução da pena ou da medida de segurança que a substitui. No artigo 129, o legislador penal castrense previu a redução, pela metade, dos prazos da prescrição, "*quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos ou maior de 70 (setenta)*".

Ainda no mesmo Título, e antes de tratar de outra causa de extinção da punibilidade, o legislador penal destacou os artigos 131 e 132, neles estabelecendo normas especiais para a prescrição, o último para o caso de deserção. *Verbis*::

---

[11] JESUS, Damásio E. de. Direito Penal. 1º volume. 19ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, l995. pg. 631.

[12] MIRABETE, Julio Fabbrini. Código Penal Interpretado. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 805.

Art. 132. No crime de deserção, embora decorrido o prazo da prescrição, esta só extingue a punibilidade quando o desertor atinge a idade de 45 (quarenta e cinco) anos, e, se oficial, a de 60 (sessenta).

Ressalte-se que a pena cominada ao crime de deserção é de detenção de seis (06) meses a dois (02) anos, com agravação para oficial, e que, ao ser aplicada, a pena pode oscilar entre o mínimo e o máximo, estando limitado, no artigo 73, a agravação ou atenuação à pena cominada ao crime, e no artigo 76, para os casos de majorantes ou minorantes, à espécie da pena aplicável.

Não é nova a pretensão de extinção da punibilidade de quem responde pela prática do crime de deserção, com aplicação da regra prescricional geral prevista no CPM, e conseqüente afastamento da regra específica estatuída no artigo 132, do referido Código. Verifica-se, assim, que apesar da objetividade expressa no texto legal acima transcrito, diversas interpretações foram feitas no sentido de reduzir a incidência, especialmente nos processos, do extenso prazo prescricional ali fixado. Há, em conseqüência, vários aspectos da prescrição do crime de deserção que permitem um exame mais minucioso do instituto, quer considerado este isoladamente em sua disciplinação legal, quer em face das diversas situações que podem envolver o crime de deserção após a prática ilícita.

Vejamos as questões aqui consideradas mais importantes, inicialmente com as possíveis incidências legais da prescrição no crime de deserção:

a) Tendo em vista que a pena máxima cominada ao crime de deserção em análise, seria aplicável, em princípio, o inciso VI do mencionado artigo 125, que estabelece a ocorrência da prescrição da ação penal em quatro (04) anos, quando "*o máximo da pena em abstrato é igual a um ano, ou, sendo superior, não excede a dois*", com possibilidade de, nos termos do artigo 129, serem "*reduzidos de metade os prazos da prescrição, quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de vinte e um anos ou maior de setenta*".

Em se admitindo tal aplicação, hipóteses que também seriam concernentes ao crime de deserção são as previstas no §1º do artigo 125 referido – *"superveniência de sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido*" -, passando a prescrição a ser regulada pela pena imposta. Nesse caso, considerando a possibilidade de incidência da redução do tempo prescricional em decorrência da idade, prevista no artigo 129, e tendo havido condenação à pena inferior a um (01) ano, teríamos a aplicação do inciso VII, do artigo 125, e a prescrição da ação penal ocorreria em um (01) ano.

Ressalte-se, ainda dentre os casos que interessam a esta pesquisa, que no parágrafo 2º, do artigo 125 referido, há expressa referência às situações que consubstanciam o termo inicial da prescrição da ação penal; no parágrafo 4º, às correspondentes à suspensão da prescrição da ação penal; e no parágrafo 5º, às concernentes à interrupção daquela prescrição. O artigo 128, por sua vez, fixa as regras voltadas à interrupção da prescrição, dispondo que, com a ressalva ali feita, interrompida a prescrição "*todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção*".

b) O preceito contido no artigo 132, do CPM, acima transcrito, aparece, entretanto, como uma ampla exceção à regra geral dos prazos legalmente indicados nos artigos 125 e 126, do aludido Código. E como é cediço, norma especial derroga norma geral, nos termos do princípio hermenêutico amplamente conhecido e aplicado: "*lex specialis derogat lex generallis*".

Considerando que as normas de um ordenamento jurídico se vinculam logicamente em sua composição sistemática, situação que implica a interpretação contextual da norma, jamais isolada das demais normas que integram aquele Sistema, constatamos que diversas circunstâncias podem envolver uma deserção. Vejamos os casos mais freqüentes, todos concernentes ao tipo penal central de deserção para, em seguida, vinculá-los ao instituto da prescrição tal como consagrado no Diploma Penal Castrense, tudo numa análise lógico-sistemática do Direito brasileiro vigente, especialmente o penal-militar, material e processual:

1. Consumada a deserção de praça especial ou sem estabilidade, será ela imediatamente excluída do Serviço Ativo, ou, se praça estável, será agregada. Formalizada a documentação concernente, esta deverá ser enviada ao Juízo Militar competente, onde será autuada como Instrução Provisória de Deserção (IPD), a qual, após manifestação ministerial, permanecerá em Cartório aguardando a apresentação voluntária ou captura do desertor que se encontra na condição de trânsfuga;

2. Consumada a deserção de oficial, será este agregado e permanecerá nessa situação após apresentar-se ou ser capturado, até decisão transitada em julgado. Após a deserção, com a documentação em ordem, será formulada a denúncia. Ao recebê-la, o Juiz determinará o aguardo da apresentação voluntária ou captura do oficial, e somente após essa ocorrência será procedido o sorteio do Conselho Especial de Justiça que apreciará o processo, e, para respondê-lo, o desertor será citado;

3. Ao se apresentar voluntariamente ou ser capturado, o desertor praça especial ou sem estabilidade será submetido à inspeção de saúde e, sendo considerado apto para o Serviço Militar é nele reincluído, ou, sendo praça com estabilidade, será para ele revertido, podendo, então, ser denunciado, instaurando-se o processo penal, iniciado com o recebimento da denúncia e efetivado com a citação do acusado, tudo nos termos estabelecidos no Código de Processo Penal Militar. O desertor, então acusado, responderá a todos os atos processuais, até decisão final. Nesse contexto processual, duas situações podem ocorrer:

3.1. Instaurado o processo de deserção, os atos processuais podem se dilatar no tempo, quer por negligência judicial, quer para atender pleitos probatórios das Partes;

3.2. Instaurado o processo de deserção, no curso regular deste o acusado deserta novamente, uma ou várias vezes, obrigando a suspensão do processo em curso todas as vezes em que se encontrar na situação de desertor, tendo em vista sua exclusão do Serviço Militar Ativo, ou agregação quando estável, ocorrência legalmente obrigatória a cada nova deserção praticada;

4. Na situação anterior, quando considerado definitivamente incapaz para o Serviço Militar, o desertor praça sem estabilidade será considerado isento da reinclusão e do processo, sendo os autos arquivados após manifestação do Ministério Público Militar.

5. Após julgado, dilata-se, no tempo, a decisão final, condenatória ou absolutória, quer em decorrência de demora na decisão do recurso interposto, quer por ter o Sentenciado novamente desertado após seu julgamento e antes da decisão recursal;

6. Julgado e condenado, da decisão recorre apenas o Sentenciado, sendo considerado indultado enquanto aguarda a decisão recursal, dilatando-se esta no tempo;

7. Durante a execução definitiva de pena aplicada em decisão condenatória transitada em julgado, dilata-se, no tempo, o cumprimento do início ou da complementação da pena imposta ao sentenciado, ou este não a cumpre porque novamente deserta.

Examinemos, de forma individualizada, os casos indicados.

1. No primeiro caso, não tendo sido o desertor capturado ou voluntariamente se apresentado, o feito permanece em Cartório como Instrução Provisória de Deserção. Pelo artigo 452, do Código de Processo Penal Militar, o termo de deserção tem o caráter de instrução provisória, sujeitando, desde logo, o desertor à prisão. Contra a praça não pode ser instaurado o respectivo processo judicial já que não integra o Serviço Militar ativo estando a ele apenas agregado, quando praça estável, ou, tendo sido dele excluído após praticar a deserção, quando praça não estável, não mais possuindo a qualidade de militar. Note-se que quando ocorre a exclusão do Serviço Militar, a praça não estável reassume sua condição de civil, e assim ficará até que, apresentando-se ou sendo capturado, seja, através de inspeção de saúde, considerado apto para o Serviço Militar e em seguida reincluído naquele Serviço, enquanto os estáveis, que foram agregados após a deserção, são apenas revertidos para o Serviço ativo.

É o caso do trânsfuga. A essa hipótese, antes da ocorrência da reinclusão ou reversão, é aplicável o preceito contido no artigo 132, do Código Penal Militar, que excepciona as normas gerais de prescrição previstas naquele Estatuto Penal especializado, com iterativa jurisprudência da Corte Penal Castrense e do Supremo Tribunal Federal: extinção da punibilidade pela prescrição quando o desertor atinge a idade de quarenta e cinco (45) anos.

2. O segundo caso, referente a oficial, difere do primeiro apenas porque o oficial fica agregado e a denúncia deverá ser imediatamente formulada caso a documentação esteja em ordem. Após seu recebimento pelo juiz, os autos permanecerão em Cartório aguardando a apresentação voluntária ou a captura do desertor, oportunidade na qual serão sorteados os integrantes do Conselho Especial de Justiça que julgará o processo e, citado o réu, será iniciada a instrução criminal. Não se apresentando e nem sendo capturado o oficial desertor, a ele se aplica o prazo estabelecido no artigo 132 já referido: extinção da punibilidade pela prescrição quando o desertor, sendo oficial, atinge a idade de sessenta (60) anos.

Para aqueles que pretendem aplicar regras estranhas à prevista no artigo 132 referido, um problema poderia ser suscitado: o momento da instauração do processo, condicionador da interrupção do curso da prescrição da ação penal, conforme prevê o artigo 125, §5º, inciso I, do Código Penal Castrense, pois pelo artigo 35, do Diploma Processual Penal Militar, o processo é iniciado com o recebimento da denúncia, embora seja efetivado com a citação do acusado.

Saber se o recebimento da denúncia formulada contra o oficial desertor, independentemente da citação do réu, significa a instauração do processo exigida legalmente para a interrupção da prescrição é, de um lado, factualmente irrelevante, já que o artigo 128, do citado Diploma Penal, afirma que "*interrompida a prescrição* [...], *todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção*", e a denúncia é apresentada logo após a consumação da deserção e da formalização da documentação a ela concernente.

De outro lado, entretanto, considerar o processo instaurado, naquele momento, significa, também, indagar acerca dos prazos prescricionais aplicáveis: se o do artigo 132 – quando o oficial atingir a idade de sessenta (60) anos -, ou os do artigo 125, conforme veremos nos próximos itens.

3. No terceiro caso, capturado ou se apresentando voluntariamente, o desertor é submetido à inspeção de saúde. Sendo considerado apto para o Serviço Militar, é nele reincluído ou, caso seja praça estável, para ele revertido, sendo então denunciado. Instaurado o respectivo processo penal, duas situações foram citadas como passíveis de ocorrência:

3.1. Instaurado o processo de deserção, problemas variados podem determinar o retardamento do seu julgamento e, como conseqüência, os atos processuais se dilatam no tempo.

Ressalte-se que tal demora pode decorrer de negligência judicial, ou do atendimento aos respectivos pleitos das Partes, com interesse probatório, sobretudo inquirição de testemunhas através de Cartas Precatórias e realização de exames periciais, tais como exames neuropsiquiátrico e psicológico, e até mesmo instauração de incidente de insanidade mental. Diante do direito constitucional de ampla defesa, dificilmente pode o juiz negar pleitos defensórios, inclusive inquirições através de Cartas Precatórias e substituição de testemunhas não encontradas, situações que podem gerar o retardamento do julgamento do processo na Primeira Instância.

Indaga-se então se, ao réu, que se prontificou a responder ao processo criminal respectivo, e permanece à disposição do Estado-Juiz, deve ser imposto o extenso prazo previsto no citado artigo 132, ou a ele devem ser aplicados os prazos prescricionais que incidem sobre todos os demais processos penais militares, previstos no artigo 125, do mencionado Estatuto Penal.

Se considerarmos a regra contida no artigo 132, já referido, o processo seguirá seu curso independentemente do tempo de sua duração, sem que seja determinada a prescrição da ação penal, salvo se e quando o acusado atingir a idade ali fixada: quarenta e cinco (45) anos.

Inexiste, em princípio, qualquer expressão na regra contida no artigo 132, acima transcrito, que indique a possibilidade de exclusão ou restrição em sua aplicação aos processos de deserção. Aludido preceito refere que, no "*crime de deserção*", "*embora decorrido o prazo da prescrição*", esta, ou seja, a prescrição, "*só extingue a punibilidade quando o desertor atinge a idade de 45 (quarenta e cinco) anos, e, se oficial, a de 60 (sessenta)*".

Não há indicação legal, expressa ou implícita, de que a expressão "*crime de deserção*", ali mencionada, envolve, apenas, o "fato" deserção enquanto não submetido ao respectivo processo criminal, e que "*desertor*" corresponde apenas àquele que se encontra na situação de trânsfuga, antes da instauração do processo penal. Tais expressões podem corresponder, a primeira, ao crime de deserção processualmente investigado, pois a expressão "crime" é técnica, envolvendo a tipificação legal daquele fato; e a segunda, ao autor do crime de deserção, que responde ao respectivo processo judicial, ou ao militar que apenas consumou aquela conduta ilícita, plurivocidade admitida no próprio texto legal, pois, ao disciplinar o processo de deserção, o legislador processual castrense usa a expressão "*crime de deserção*" ao dispor sobre o momento da consumação da deserção (exemplo: artigo 451, *caput*, do CPPM), e "*desertor*", tanto para indicar o acusado em processo de deserção (exemplo: artigo 453, do referido Código), como aquele contra quem foi lavrado um Termo de Deserção (exemplo: artigo 455, do mencionado Código).

A busca da norma aplicável, entretanto, não se exaure nesses argumentos, pois a interpretação restritiva da norma expressa no artigo 132, citada, e extensiva das normas que fixam prazos gerais de prescrição, decorre da postura hermenêutica do intérprete-julgador.

Com efeito, é verdade que ao juiz cabe avaliar os pedidos das Partes processuais, usando, em vários casos, as prerrogativas que a lei permite, como por exemplo, prosseguir com a instrução criminal e julgamento do processo independentemente do retorno das Cartas Precatórias inquiritórias, pois isso não afetará, em tese, a ampla defesa, estando expressamente previsto no processo legal (artigo 359, do CPPM). Mas o juiz não poderá, contudo, sob o risco de ver cassada sua decisão, impedir a realização de perícias que informarão, por exemplo, a imputabilidade ou inimputabilidade do desertor.

De outro lado, examinando o contexto da legislação processual penal, no caso, militar, verifica-se que, ao integrar um processo judicial e nele permanecer, o desertor assume a situação de "acusado" ou "réu", e enquanto permanecer naquela relação processual encontra-se à disposição do Estado-Juiz, entendendo-se que, neste caso específico, deve ser considerado um acusado como outro qualquer, que se encontre respondendo a um processo judicial, comum ou especial. A situação exige um tratamento isonômico, igualitário, respeitando-se a própria dignidade do acusado desertor como ser humano que é. E como a deserção é crime militar, disciplinado por normas especiais e sujeito a uma jurisdição também especial, ao seu processo seriam aplicáveis, na situação ora apreciada, as normas gerais de prescrição previstas no Estatuto Penal Militar, com afastamento da regra do artigo 132.

Assim, considerando as regras gerais que informam a prescrição, que repudiam a possibilidade de deixar alguém quase indefinidamente – quarenta e cinco (45) ou sessenta (60) anos de idade podem representar uma vida humana - à disposição do Estado, diante do máximo da pena cominada no artigo 187, do Código Penal Militar – dois (02) anos de detenção – *in casu* seria aplicada a regra prevista no inciso VI, do artigo 125, do citado Código, que determina a prescrição da ação penal em quatro (04) anos *"se o máximo da pena é igual a 1 (um) ano ou, sendo superior, não excede a 2 (dois)",* prazo que deverá ser contado a partir da instauração do processo, nos termos do inciso I, do §5º, do artigo 125, combinado com o artigo 128, do mencionado Código. Ressalte-se que, em decorrência do disposto no artigo 129, concernente à redução *"de*

metade os prazos da prescrição, quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos [...]", em se tratando de desertor menor, a prescrição da ação penal ocorreria em apenas dois (02) anos.

Desse modo, não importa a quem imputar o retardamento processual, se ao juiz ou às Partes, ou até mesmo ao exercício da ampla defesa constitucionalmente reconhecida, pois entendemos que, neste caso, em quatro anos, a contar da instauração do processo, ficará prescrita a pretensão punitiva do Estado e extinta a punibilidade do acusado, nos termos do artigo 123, inciso IV, combinado com o artigo 125, inciso VI, do Código Penal Militar, tendo em vista que o máximo da pena cominada, embora superior a um ano, não excede a dois anos, ou ficará prescrita em dois anos, a contar daquele mesmo fato, com redução, portanto, de metade daquele prazo, no caso de ser o desertor menor de vinte e um (21) anos à época do crime, nos termos do artigo 129, do citado Código Penal.

É o processo de deserção sumaríssimo. E se o desertor se apresenta e assume sua responsabilidade para responder penalmente pelo ato praticado, qualquer que seja sua postura processual quanto às conseqüências jurídicas de seu ato não poderá perder sua vida ou parte da mesma apenas respondendo a um processo penal, sobretudo diante das exigências impostas para que permaneça naquela situação: a manutenção de sua condição de militar.

Ora, se além de um Serviço Militar obrigatório, que constrange - embora em pouco menos de um ano - a liberdade individual de escolha de uma atividade, o Direito infraconstitucional pretender obrigar alguém, contra sua vontade, a se manter na condição de militar por um tempo quase indeterminado, significará privar essa pessoa do seu direito fundamental mais elementar de disposição de sua liberdade e de sua própria vida. A violência de tal imposição sobressai quando confrontamos um crime de deserção com outro crime militar, que se apresente com extrema gravidade, ou mesmo com um grave crime comum, e verificamos que, em ambos, haverá um razoável lapso temporal fixado para que o Estado exercite seu direito de punir, vinculado à penalidade máxima a eles cominada.

A aplicação, portanto, no processo de deserção, das regras gerais de prescrição estabelecidas no mesmo Código Penal Castrense para todos os casos processuais, impõe-se como respeito aos direitos individuais fundamentais constitucionalmente reconhecidos, exigindo que o Estado diligencie no cumprimento de seu direito/dever em face daquele acusado desertor, condenando-o ou absolvendo-o, mas julgando-o e pondo fim, em prazo razoável relacionado ao máximo da pena cominada àquele crime, àquela relação processual instaurada. Nesse sentido, há iterativa jurisprudência do Superior Tribunal Militar, *in verbis*::

> *(Recurso Criminal Nº 1995.01.006229-6/AM. Ministro Relator CARLOS EDUARDO CEZAR DE ANDRADE* in *DJ de 04/09/1995).*
>
> *"EMENTA. Recurso Criminal. Recorre o MPM contra decisão rejeitória de denuncia por deserção, pautada no art. 78, letra c), do CPPM, e nos arts.123, inciso IV, 125, inciso VI, e seu parágrafo segundo, e 129 do CPM. Equivoca-se o magistrado* 'a quo' *em sua fundamentação, vez que, retornando o desertor a ativa do serviço militar, interrompe-se o prazo prescricional previsto no art. 132 do CPM e, cabe-lhe,então, pelo seu crime, ser denunciado e processado no prazo prescricional que normatiza o art. 125 do CPM, contado, então, a partir de sua apresentação ou captura. Assim*, 'in casu'*, não encontra-se, ainda, prescrito o prazo conferido ao Estado para punir o denunciado em foco. Há de cuidar-se não confundir os prazos prescricionais ordinários elencados no art.125 do CPM, com os prazos prescricionais ditados pelo mesmo Código, no seu art. 132, especificamente para enquanto perdure o desertor em declarada situação de trânsfuga".*

(Embargos nº 2006.01.049312-9/MS Decisão: 05/02/2007. Ministro Relator SERGIO *ERNESTO ALVES CONFORTO, Ministro Revisor CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES in DJ de 14/03/2007).*

"EMENTA: Deserção. Prescrição. O Embargante foi condenado a 06 (seis) meses de prisão, como incurso no art. 187 c/c o art. 59, caput*, ambos do CPM, cuja prescrição ocorre em 02 (dois) anos (art. 125, VII, da Lei Penal Militar). Como o ora Embargante se apresentou, voluntariamente, a 09.11.05, passou ao regime de prescrição do art. 125, do CPM, iniciando a contagem do prazo de 01 (um) ano em virtude de o Agente ser menor à época dos fatos e, assim, a 09.11.06, foi implementada a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado pela pena em concreto. Embargos a que foi dado provimento para declarar-se a prescrição da pretensão punitiva do Estado, de acordo com o art. 123, IV c/c os arts. 125, VII e seu § 1º; 129, todos do CPM. Decisão uniforme".*

3.2. Instaurado o processo de deserção, durante sua regular tramitação o acusado é licenciado ou novamente deserta, uma ou várias vezes. Como a cada deserção ele é afastado do Serviço Ativo, quer em decorrência de exclusão, quer de agregação, esse fato prejudica o andamento processual e determina a suspensão do processo em curso a cada nova deserção praticada.

O caso se apresenta como o mais complexo, exigindo um exame hermenêutico minucioso, pois a decisão a ele aplicada orientará outras decisões em processos semelhantes, mas ocorrentes em processos que se encontram em instância recursal ou em execução definitiva. Vincula um desertor já considerado acusado em processo criminal, e o trânsfuga, e a questão deve ser analisada cuidadosamente, já que dois ou mais feitos – processos e Instruções Provisórias de Deserção – terão sido instaurados contra o então militar em decorrência das várias deserções praticadas.

Com efeito, o novo Termo de Deserção e demais documentos são autuados como Instrução Provisória de Deserção e esta passa a aguardar, em Cartório, a captura ou apresentação voluntária do desertor. É certificada, nos autos do(s) processo(s) em andamento, a ocorrência da nova deserção, com abertura de vista ao Ministério Público Militar, e posterior decisão do Conselho de Justiça (pois se trata de processo) acerca da suspensão de cada processo até que o acusado retorne ao Serviço Militar Ativo, condição que jurisprudencialmente tem sido considerada não só requisito de procedibilidade, como também de prosseguimento de um processo de deserção. Pergunta-se, então: com o passar do tempo, como ficam os feitos em face da prescrição? Qual o preceito legal que fundamentará a incidência do instituto da prescrição da ação penal, com declaração da extinção da punibilidade do agente, sem apreciação do *meritum causae*?

Quanto à prescrição da deserção formalizada através da IPD, posterior à instauração do processo, entende-se que, tal como referido no número 1, ao caso é aplicável a norma excepcional do artigo 132 do Código Penal Militar: prescrição da pretensão punitiva do Estado quando o Desertor atinge a idade de quarenta e cinco (45) anos. Tal aplicação será feita em relação a todas as Instruções Provisórias de Deserção relacionadas ao mesmo Desertor, acusado em um ou vários processos, em cujo curso novamente deserte, uma ou várias vezes, sem que haja tempo suficiente para a instauração de novo ou novos processos. É o caso do trânsfuga, anteriormente referido.

Mais complexa, contudo, é a situação prescricional relativa ao processo. Ressalte-se, inicialmente que há casos de instauração de dois ou três processos contra o mesmo desertor, além de uma ou duas Instruções Provisórias de Deserção. Na hipótese vertente, ocorre nova deserção logo após instauração de processo relativo ao mesmo tipo de crime, e a final nos defrontamos com um ou vários processos suspensos em decorrência de deserções intercorrentes do Acusado, havendo também, contra o mesmo, Instrução Provisória concernente à última ou últimas deserções.

Com relação ao(s) processo(s) de deserção suspenso(s), as respostas jurisdicionais têm sido bifurcadas: para uns, aplicam-se as regras gerais de prescrição previstas no Diploma Penal Castrense; para outros, mantêm-se a aplicação da regra excepcional estabelecida no artigo 132,

do aludido Código: quando o desertor completa quarenta e cinco anos de idade. Há uma evolução nas decisões jurisprudenciais, com tendência atualmente firmada no sentido da aplicação das regras gerais de prescrição para os casos processuais. Vejamos algumas decisões:

(Habeas Corpus *nº 1999.01.033411-4/PR. Ministro Relator SÉRGIO XAVIER FEROLLA. Decisão: 27/04/1999 in DJ de 14/06/1999).*

"EMENTA. Habeas Corpus. *Crime de deserção. Extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva. Trânsfuga. Inaplicabilidade da regra prevista no art. 125, do CPM. 1.* Habeas corpus. *À luz da doutrina, da jurisprudência e da lei, é remédio jurídico destinado a tutelar, de maneira eficaz e imediata, a liberdade de locomoção, o direito de ir, vir, permanecer e de se retirar do indivíduo, desde que esteja sofrendo ou na iminência de sofrer coação ilegal e/ou com abuso de poder. Não é o caso dos autos. Tratando-se de desertor, sua prisão decorre de imperativo legal (art. 243, CPPM). 2. Crime de deserção. Extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva. Trânsfuga. Conforme iterativa jurisprudência desta Corte, a regra geral de prescrição, fixada no artigo 125, do CPM, não se aplica ao trânsfuga (aquele que permanece na condição de desertor). A este, aplica-se a prescrição regulada pela regra especial contida no artigo 132, do mesmo diploma legal. Precedentes: Apelação nº 46.492-3/AM; Apelação nº 47.476-7/RS e Recurso Criminal nº 6.203-2/PR. Preliminarmente, o Tribunal não conheceu do pedido, por falta de condição de admissibilidade. Decisão unânime".*

(Apelação nº 1991.01.046492-3/AM. Ministro Relator CHERUBIM ROSA FILHO, Ministro Revisor PAULO CESAR CATALDO e Ministro Relator para acórdão PAULO CESAR CATALDO. Decisão de 28/04/1992 in DJ de 19/08/1992).

"EMENTA. Crime de deserção. Prazo prescricional. Coexistência e conciliabilidade das regras postas nos arts. 125 e 132 do CPM. Desertor menor, capturado e julgado no ano de 1990, com processo nulificado 'ab initio' *pela Suprema Corte. Nova relação processual instaurada mais de um ano apos a primeira, quando já extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, considerada a impossibilidade jurídica de* 'reformatio in pejus' *indireta. Exegese da regra especial contida no art. 132 do CPM que, textualmente, tem por destinatário o trânsfuga - aquele que permanece na situação de desertor. Tratamento diferenciado do militar capturado e reincorporado as FF.AA., que passa a qualidade de réu do crime de deserção, a quem aplicável a regra geral fixada no art. 125, VII, do CPM. Acolhimento da preliminar suscitada pelo revisor, declarando-se extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva".*

(Decisão em Recurso Criminal nº1993.01.006096-0/PR, Ministro Relator JORGE JOSÉ DE CARVALHO. Decisão de 31/08/1993, in DJ de 01/10/1993).

"EMENTA. Recurso Criminal - Recurso do MPM contra decisão deJuiz-Auditor que não acolheu o pedido do Órgão Ministerial de extinção da punibilidade de ex-soldado nos autos de IPD. No caso 'in tela' *ocorreu a prescrição, a teor do inciso* IV *do art.123 do CPM, havendo, pois, a extinção da punibilidade. Inteligência do art. 132 do Diploma Castrense. Por se tratar de questão de ordem publica há de ser necessária declaração fundamentada da extinção da punibilidade por parte da autoridade judiciária. Por unanimidade, o Tribunal conheceu e deu provimento ao recurso para reconhecer a ocorrência do instituto da prescrição, declarando extinta a punibilidade do ex-soldado,e arquivamento da IPD na sede da Auditoria da quinta CJM".*

(Decisão em Recurso Criminal nº 1995.01.006203-2/PR. Ministro Relator CARLOS EDUARDO CEZAR DE ANDRADE.Decisão de 28/03/1995 in *DJ de 16/06/1995).*

"EMENTA. Recurso Criminal. Crime de deserção. Extinção da punibilidade pela prescrição da ação

penal, em face do previsto no art. 123,inciso IV, c/c o art. 125, inciso VII, tudo do CPM. Pretensão do MPM, em decorrência de processo por deserção iniciado há mais de dois anos e sobrestado devido a nova deserção do acusado.Situação de militar 'sub judice'*, em processo para se ver julgar por deserção, não guarda similitude com situação de ex-militar desertor reincidente, em declarada condição de trânsfuga do dever militar, destinatário especifico do prazo prescricional do art. 132 do CPM. Improvido o recurso ministerial, mantendo-se o* 'decisum' *recorrido, por unanimidade".*

(Decisão na Apelação nº 2003.01.049340-0/SP. Ministro Relator MAX HOERTEL. Ministro Revisor FLÁVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH in DJ de 05/11/2003).
"EMENTA. Apelação. Delito de Deserção. Prescrição da pretensão punitiva. No crime de deserção, já estando o militar submetido a processo, os prazos prescricionais a serem observados são os do art. 125 do CPM. Hipótese em que se encontra operada a prescrição da pretensão punitiva, impondo-se sua declaração de ofício, em sede preliminar, com o conseqüente prejuízo da apreciação do meritum causae. *Decisão por maioria."*

(Decisão em HABEAS CORPUS nº 82075/RS. Relator: Min. CARLOS VELLOSO. Julgamento: 10/09/2002. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação DJ 11/10/2002).
"EMENTA: Penal. Processual Penal. Habeas Corpus. Militar. Deserção. Extinção da punibilidade pela prescrição: inocorrência. I. - Delito militar de deserção: crime permanente. Precedente: HC 80.540-AM, Ministro S. Pertence, 1ª T, 28.11.2000, "DJ" de 02.02.2001. II. - A norma geral do art. 125 do CPM é aplicável ao militar desertor que se apresenta ou é capturado, contando-se daí o prazo prescricional . Precedente: HC 79.432-PR, Ministro N. Jobim, 2ªT, 14.11.99, "DJ" de 15 .10.99. III. - Inocorrência da prescrição, no caso, porque não decorridos 4 (quatro) anos da data da captura do paciente. IV - H.C. indeferido."

Aqueles que entendem pela aplicação, ao caso ora apreciado, das regras gerais de prescrição estabelecidas no Código Penal Militar, seguem uma interpretação manifestada em decisões judiciais, cuja reiteração lhe atribui conotação de jurisprudência. O Sistema Jurídico nacional, entretanto, apesar da excepcionalidade da Súmula Vinculante, não atribui força de lei à jurisprudência, dignificando a independência jurídica do juiz que em princípio poderá, em suas decisões, dela divergir. O próprio Órgão Judicial, sede de origem daquelas reiteradas decisões, pode repensar a questão e, em sua independência jurídica, manter a postura anteriormente assumida ou alterá-la.

Ressalte-se que o completo afastamento da regra fixada no artigo 132, do CPM, para aquele que responde ou tenha sido definitivamente condenado em processo de deserção, e sua automática substituição pelas prazos prescricionais previstos nos artigos 125 e 126, do citado Código, possibilita o surgimento de situações certamente em desacordo com a pretensão jurídica e até mesmo com a finalidade específica do instituto da prescrição, sendo possível, ao acusado, provocar, com reiteradas deserções seguidas de apresentações voluntárias, a extinção da punibilidade de todos os processos, excetuada a última IPD, podendo esta ser arquivada em decorrência de incapacidade do desertor para o Serviço Militar.

4. Quando declarado definitivamente incapaz para o Serviço Militar, o desertor praça sem estabilidade será considerado isento da reinclusão e do processo, sendo os autos arquivados após manifestação do Ministério Público Militar. Neste caso, não há que falar em prescrição, mas apenas em isenção da reinclusão e do processo, sendo os autos da Instrução Provisória de Deserção arquivados após pronunciamento do Ministério Público Militar, conforme preceitua o §2º, do art. 457, do CPPM.

Pode ocorrer, entretanto, que contra o desertor, considerado definitivamente incapaz, haja mais de uma IPD instaurada, além de processos criminais, em tramitação, relacionados àquele crime, todos aguardando a apresentação voluntária ou captura do trânsfuga.

Quanto às outras Instruções Provisórias, o procedimento é idêntico em todos os autos: isenção de reinclusão e do processo, com posterior arquivamento do feito provisório.

Com relação ao(s) processo(s) de deserção instaurado(s) e em tramitação, normalmente tem sido considerado que, assim como a perda da condição de militar em atividade impede a instauração inicial do processo de deserção, essa mesma situação, quando considerada definitiva porque decorrente de inspeção de saúde na pessoa do desertor, impedirá o prosseguimento do processo, em curso ou suspenso em decorrência da nova deserção, impondo o seu arquivamento após manifestação do Órgão Ministerial. Assim, o instituto da prescrição não é invocado para disciplinar a questão, aplicando-se a norma contida no referido artigo 457, §2º, do Diploma Processual Penal Militar, interpretada extensivamente.

A determinação judicial de arquivamento do processo em questão não pode ser considerada como a única alternativa jurídica para o caso, pois, no entender de alguns estudiosos, ainda sem o apoio jurisprudencial, a condição militar do desertor é essencial à instauração do processo, e não ao seu prosseguimento.

5. Julgado em Primeira Instância, há recurso para a Instância Superior. Dilata-se, no tempo, a decisão final recursal, condenatória ou absolutória, quer em decorrência de demora na decisão de recurso interposto, quer por ter o Sentenciado novamente desertado ou ter sido licenciado após seu julgamento no Juízo de origem e antes da decisão recursal.

No primeiro caso – demora da decisão recursal – é possível entender que estando o desertor disponível para a Justiça, aguardando decisão final de seu processo, constituiria grave violação a seus direitos fundamentais, em especial sua liberdade, constrangê-lo a permanecer na Força durante todo o período de tempo em que estiver, embora em grau recursal, respondendo a um processo que ultrapassa os prazos legais. À semelhança do caso referido no item 3.1., impõe-se o respeito, pelo Judiciário, aos direitos do processado, utilizando tempo razoável para concluir o processo e tornar definitiva a decisão final, e a prescrição deverá ser regulada pelas regras gerais fixadas no Código Penal Militar, à semelhança do que ocorre nos demais processos criminais, e, conforme o caso, declarada preliminarmente, sem análise do mérito processual.

Assim, considerando que a prescrição poderá ser suscitada em caso de condenação, será calculada pela pena aplicada, que se tornará definitiva em caso de ausência de recurso ministerial ou manutenção da condenação, é o *jus persequendi* que estará sendo prescrito, podendo ocorrer em dois (02) anos, se a pena tiver sido inferior a um (01) ano (inciso VII, do artigo 125, do CPM), ou mesmo em um (01) ano, se o sentenciado era menor de vinte e um (21) anos à época do crime (artigo 129, do citado Código). *In casu,* o prazo a ser considerado é aquele que medeia entre a instauração do processo e a prolatação da sentença condenatória recorrível.

No segundo questionamento, encontrando-se a decisão de Primeira Instância em grau recursal, antes de sua apreciação o sentenciado volta a desertar, perdendo a condição de militar em atividade. Nesse caso, independentemente da IPD instaurada na Primeira Instância em decorrência da nova deserção, cuja prescrição obedecerá, sem qualquer dúvida, ao preceituado no artigo 132, do Diploma Penal Castrense, a Instância recursal determina a suspensão do processo até que o Sentenciado readquira a condição de militar em atividade. Indaga-se, então, quais as regras prescricionais que incidirão no processo, entendendo-se que, no caso ora em apreciação, aplica-se o mesmo raciocínio desenvolvido no item 3.2., relativo à deserção intercorrente na Primeira Instância. Há diversas decisões a respeito dessa questão. Eis uma delas:

(Decisão em RECURSO DE HABEAS CORPUS nº 86253 / RJ. Ministro Relator EROS GRAU. Julgamento: 04/10/2005. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ de 28/10/2005). "EMENTA. *Recurso ordinário em* Habeas Corpus. *Militar. Deserção. Prescrição: inocorrência. Nova deserção. Trânsfuga. 1. Crime de deserção. Sentença transitada em julgado. Incidência da regra geral do artigo 125 do Código Penal Militar. Pena de seis meses não executada, em virtude de nova deserção. Prescrição da pretensão executória, pelo transcurso do prazo de um ano, considerado o cômputo pela metade em razão menoridade do recorrente à época do fato. Improcedência: quando da interposição do recurso ordinário não havia transcorrido o prazo prescricional, o que somente veio a ocorrer entre a data da interposição e a do julgamento. Prescrição que não se declara, levando-se em conta a possibilidade da captura ou do comparecimento do recorrente antes do transcurso do prazo prescricional, facultado o requerimento na origem. 2. Quanto à segunda deserção, a extinção da punibilidade somente ocorrerá quando o trânsfuga atingir quarenta e cinco anos de idade, conforme previsão contida no artigo 132 do Código Penal Militar. Recurso ordinário em* Habeas Corpus *a que se nega provimento".*

6. Julgado e condenado, da decisão recorre apenas o Sentenciado. Nessa oportunidade, publicado o Decreto de Indulto é ele considerado indultado pela Primeira Instância, sem prejuízo do recurso, conforme permissão legal. Enquanto aguarda a decisão recursal e seu trânsito em julgado, dilata-se o tempo de tramitação do processo, extrapolando o período fixado nas regras gerais de prescrição. Considerando, em tese, tais regras aplicáveis ao processo, indaga-se se o Órgão recursal, decidindo aplicar, ao processo de deserção, as regras gerais de deserção, deve: a) sem decidir o mérito, preliminarmente declarar prescrita a ação penal com base na pena em concreto ou considerar o Sentenciado indultado, com extinção de sua punibilidade; b) conhecer o mérito do recurso e, se mantida a condenação, declarar prescrita a ação penal pela pena aplicada, ou declarar o Sentenciado indultado, com extinção de sua punibilidade.

Ressalte-se, inicialmente, que em face dos argumentos anteriormente aduzidos, impõe-se a aplicação das regras gerais de prescrição às questões aqui referidas. Considerando a aplicação dessas regras, discute-se, primeiramente, se o Órgão Recursal deve, sem conhecer o mérito do recurso, preliminarmente considerar o réu indultado e declarar extinta sua punibilidade, ou considerar prescrita a ação penal e declarar a extinção de sua punibilidade.

Entende-se que, quando se trata da pena concreta, de cuja decisão apenas o réu recorreu, tendo a mesma transitado em julgado para o Ministério Público Militar, diante da impossibilidade jurídica da Instância recursal agravar a pena do recorrente, o Tribunal poderá declarar, preliminarmente, a prescrição da pretensão punitiva do Estado, com extinção do processo, sem exame do mérito. Como as conseqüências do indulto são menos favoráveis que as da prescrição, entendemos que esta deverá prevalecer sobre aquela, poderá a autoridade judiciária examinar a causa de primeira ocorrência temporal, indulto ou prescrição, o primeiro somente após exame de mérito e que apenas deverá ser declarado para extinção da punibilidade do sentenciado no caso de manutenção de sua condenação.

Não deve, assim, abstrair-se de julgar o recurso (o legislador penal castrense diz, no §1º, do artigo 125, "*sem prejuízo do andamento do recurso*"), pois nesse julgamento pode o recorrente ser absolvido, caso em que a absolvição se sobrepõe ao indulto e à prescrição, quer em decorrência de fundamentos essencialmente jurídicos, quer morais e sociais. Quanto à causa não prevalente no caso, poderá a Instância recursal, se o quiser, dela apenas fazer referência, pois estando extinta a punibilidade do Sentenciado desnecessário se faz uma segunda declaração de extinção daquilo que não mais existe em decorrência de declaração anterior: a punibilidade.

Diz o artigo 133, do Diploma Penal Castrense, que embora não alegada pelas Partes processuais, a prescrição deverá ser declarada de ofício. É obrigação do juiz fazê-lo. E o §1º, do

artigo 125, do citado Código, afirma que "*sobrevindo sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, a prescrição passa a regular-se pela pena imposta, e deve ser logo declarada, sem prejuízo do andamento do recurso se [...]*" Entende-se que o comando legal relacionado ao andamento do recurso malgrado a ocorrência prévia de uma declaração de prescrição da ação penal, somente não se apresenta como uma incoerência lógica se atentarmos para a evidente intenção do legislador quanto a prevalência da absolvição em relação à prescrição. Assim, absolvido o réu na Instância recursal, em havendo declaração anterior de prescrição da ação penal, fica esta esvaziada de qualquer valor jurídico. Quer o legislador castrense, resguardando a inocência do réu, cristalizada na absolvição, que o Estado-Juiz analise o mérito do apelo recursal mesmo estando prescrito o direito (*jus persequendi*) desse Estado, e declarada tal prescrição como causa extintiva da punibilidade, situação que retiraria o poder decisório do Estado quanto ao mérito do processo (salvo em grau recursal concernente aquele ato), impedindo a este decidir a respeito daquela questão, devendo, simplesmente, declarar a extinção da punibilidade do réu diante do reconhecimento da ocorrência da causa prescritiva.

Há, contudo, a possibilidade de manutenção da condenação, resultado que apenas poderá ser conhecido após exame do mérito. Logo, não é juridicamente possível declarar, em preliminar de mérito, a prescrição da ação penal e conseqüente extinção da punibilidade. Impõe-se, nessa situação, o exame do mérito com manutenção da condenação, seguido da declaração da prescrição e extinção da punibilidade, ou a ratificação de declaração anteriormente feita nos autos, cujos efeitos definitivos são ali determinados.

Se da decisão também recorreu o Ministério Público Militar, pleiteando aumento de pena, inicialmente deverá ser apreciado o mérito com julgamento do recurso, e, após, caso mantida a pena ou imposta outra que envolva a mesma conseqüência prescritiva, será declarada prescrita a ação penal pela pena em concreto e a respectiva extinção da punibilidade. Ainda se trata de prescrição do *jus persequendi*.

7. Durante a execução definitiva da pena aplicada em decisão condenatória transitada em julgado, retarda-se o cumprimento do início ou da complementação da pena aplicada ao sentenciado, ou a execução fica impossibilitada tendo em vista a perda da condição de militar decorrente de licenciamento ou nova deserção.

A análise da múltipla situação apresentada assemelha-se à feita no número 5, distinguindo-se em um aspecto: trata-se, aqui, de prescrição da execução da pena, isto é, do *jus executionis*, sabendo-se que, de acordo com o artigo 126, do Código Penal referido, os prazos prescricionais são os mesmos estabelecidos no artigo 125, do aludido Código.

4. Conclusão

Ressalte-se, por oportuno, que as decisões jurisprudenciais não têm sido unânimes na solução de todas as questões que envolvem a prescrição do crime de deserção.

Com efeito, entendemos que a regra estampada no artigo 132, do Código Penal Militar, foi criada e inserida naquele Código excepcionando as regras gerais ali fixadas, objetivando ampla aplicação no sentido de abranger todas as situações concernentes ao crime de deserção, atraindo para a idade do desertor, quer a prescrição da ação penal, quer da execução da pena. Em um esforço hermenêutico, foi aquela regra interpretada no sentido de impedir que um processo de deserção pudesse perdurar quase indefinidamente, atraindo para o desertor princípios e normas idênticos aos aplicados aos casos gerais de prescrição dos crimes militares, deixando, através de uma profunda interpretação restritiva, o rigor legal do artigo 132 exclusivamente para o trânsfuga.

É o Judiciário que, no Sistema brasileiro, procura adequar o rigor da abstração legal à concretude do viver social. Para tal trabalho, entretanto, o juiz – singular ou coletivo – deve evitar o afastamento dos fundamentos dos institutos jurídicos questionados, a desconsideração total da norma legal com sua substituição por norma criada pelo Poder Judiciário, pois no exercício de seu poder criador não deve esse Poder pretender substituir o legislador, mas apenas aprimorar seu trabalho.

Assim, se de um lado entendemos louvável a interpretação restritiva do artigo 132 referido, nos casos processuais desenvolvidos com a presença do desertor, na Primeira Instância ou em grau recursal, afastando-o para permitir a aplicação das normas gerais de prescrição fixadas no CPM, em atenção a princípios constitucionais e à defesa de direitos fundamentais, constitucionalmente reconhecidos, de outro lado entendemos não ser adequado, nem justo, que tal afastamento seja automaticamente realizado nos casos processuais de desertor que reiteradamente pratica aquele ato ilícito, bastando permanecer ausente apenas dois (02) anos em determinadas ocasiões para ver prescrita a punição punitiva do Estado.

Admitir tal prescrição em dois ou quatro anos à partir da instauração do processo, impedido de prosseguir em decorrência de ato próprio do acusado, seria menosprezar a disciplina militar, um dos sustentáculos das Forças Armadas, bem como os valores concernentes ao Serviço Militar e ao Dever Militar. Se as especificidades do Direito Penal Militar forem analisadas de modo a desconfigurar a especialidade daquele Direito, violando seus princípios básicos, estaremos diante da inutilidade daquele Direito Especializado e da conseqüente desnecessidade da Justiça Militar.

In casu, não houve negligência do Estado, pois as regras introduzidas no artigo 457, *caput* e parágrafos 1º, 2º e 3º, do Diploma Processual Penal Castrense, evidenciam a indispensabilidade da condição de militar do Acusado como pressuposto de validez do processo de Deserção. Ora, as novas deserções do Acusado, noticiadas nos autos, acarretaram sua agregação ou exclusão do Serviço Ativo do Exército, situação que subtrai aquele requisito essencial quer à propositura da ação penal, quer ao prosseguimento do processo especial já instaurado.

Se há determinação legal acerca de certa conduta processual, seu respeito não configura negligência do Estado, devendo, em conseqüência, ficar suspenso o prazo prescricional durante todo o período em que o acusado desertor se encontrar na condição de trânsfuga em IPD, e com o curso processual suspenso. Suspensão do prazo prescricional e não sua interrupção, pois neste, o prazo começa novamente a correr do dia da interrupção, conforme preceitua o artigo 128, do CPM, e cuja possibilidade jurídica decorre da não-exaustividade da regra contida no parágrafo 4º, do artigo 125, do Código referido.

Embora a solução anterior seja a mais adequada e consentânea com o processo penal militar, outra solução também possível, ainda através de um esforço hermenêutico, consistiria em considerar que, instaurado o processo de deserção, o desertor perderia essa condição para se transformar apenas em acusado e, nessa condição, mesmo perdendo a condição de militar em decorrência de nova deserção ou de licenciamento, continuaria, como civil, a responder ao processo penal instaurado, até seu julgamento final, certamente à revelia.

Entretanto, a afirmação acerca da possibilidade de prosseguimento de um processo de deserção ou da execução da pena nele imposta, estando o réu ou condenado na condição de civil, acarreta alguns problemas legais.

Inicialmente, a pena imposta ao crime de deserção não admite a suspensão condicional e é convertida em prisão. Ora, estabelecimento prisional militar não se compara com estabelecimento prisional civil, e como prisão militar não admite a presença, para cumprimento de pena definitiva, de civil, enviar o desertor para executar sua pena em penitenciária civil significará profunda violação de seus direitos individuais. A mesma situação é encontrada no

desertor que, em fase de execução definitiva de pena aplicada em processo de deserção, é irregularmente licenciado do Serviço Militar. Em tais casos, considerando a condição civil do acusado, impor-se-à o afastamento do rigor inerente à pena do crime de deserção, aplicando-se, em favor do acusado, as regras referentes aos benefícios atribuídos pelo CPM aos condenados em geral, como suspensão condicional da pena, além de fixação do regime inicial aberto para o cumprimento da pena.

5. Bibliografia

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos. 1/92 a 55/2007 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos. 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007.

BRASIL. Leis, decretos etc. Código Penal Militar. Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 in Legislação Penal Militar, organização e notas de Edgard de Brito Chaves Júnior. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

IDEM. Leis, decretos etc. Código de Processo Penal Militar. Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 in Legislação Penal Militar. Organização e notas de Edgard de Brito Chaves Júnior. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

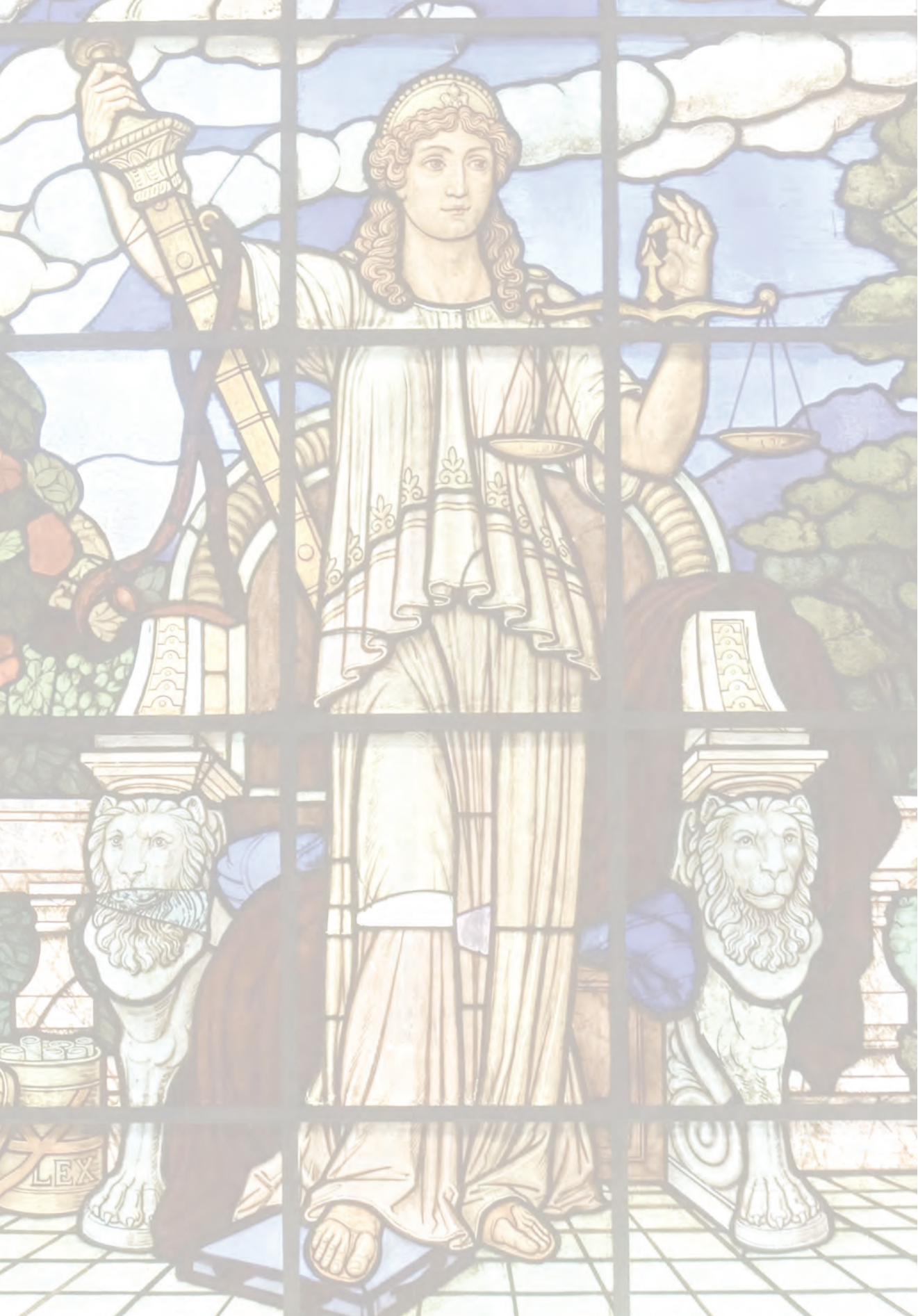
JESUS, Damásio E. de. Direito Penal. 1º volume. 19ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, l995.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Código Penal Interpretado. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ROMEIRO, Jorge Alberto. Curso de Direito Penal Militar. São Paulo: Saraiva, 1994.

Do Direito Penal

LEX


LEX

Novas perspectivas para o Direito Penal: valorização das vítimas, justiça restaurativa e penas alternativas

Damásio de Jesus*

Atendendo a amável convite da Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Ministra do Superior Tribunal Militar, enviamos nossa colaboração para a "Revista Jurídica do Bicentenário da Justiça Militar", cujo lançamento deve coincidir com as comemorações do segundo centenário da chegada ao Brasil da Família Real portuguesa e da instituição da Justiça Militar em nossa Pátria. A ilustre Magistrada, que juntamente com a Juíza-Auditora Dra. Zilah Maria Callado Fadul Petersen, coordena o projeto editorial da revista, pediu-nos que tratássemos das novas perspectivas que se abrem, no momento presente, para o Direito Penal, na ótica dos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana. Com gosto o fazemos.

1. O sistema penal vigente: simplificador e inoperante

No momento, a visão que ainda prevalece no aparelhamento legal dos Estados modernos é a de que o Direito Penal deve ter como principal escopo a punição do delinqüente. Embora também se reconheça, no plano teórico, que a aplicação de penas deve ter em vista a recuperação do delinqüente, com sua ressocialização – ou seja, com sua reintegração sem maiores traumas na sociedade da qual ele, como também a vítima, são partes – o fato é que, na ótica dos legisladores e dos que aplicam a legislação penal, e sobretudo na ótica do grande público, o que realmente importa é a punição do criminoso. Trata-se da vingança do rebanho homogêneo contra a "ovelha negra", da retaliação da sociedade contra o membro que discrepou gravemente do procedimento e do sentir comum daquela coletividade.

Na lógica – que adiante veremos ser simplificada e pouco efetiva – do sistema, ao agir punitivamente o Direito Penal também atua nos planos de prevenção geral e especial. Ou seja, impondo ao criminoso uma sanção penal adequadamente severa, supõe-se que não somente o delinqüente fique desestimulado à reincidência – e, portanto, mais proclive a reintegrar-se na sociedade como elemento útil dela – mas que também diante de terceiros a punição do delinqüente seja formativa. Para usar a expressão do velho Direito português, entende-se que a punição deve servir de "escarmento dos povos", ou seja, de lição pública, de exemplo eloqüente e persuasivo, para que outras pessoas não cometam o mesmo crime.

Nessa ótica em que o Direito Penal se aplica e se define sobretudo em sua função punitiva, como tendo como objetivo precípuo a punição dos delinqüentes, o papel da vítima do crime é secundário.

De fato, entende-se que o criminoso, mais do que prejudicar a sua vítima concreta, causou dano à sociedade como um todo e é a sociedade, e não a vítima, que tem direito a uma reparação.

O Estado assume, assim, o papel de sujeito passivo, e a verdadeira vítima acaba figurando, no processo punitivo do Estado, como *tertia personna*, deixada à margem, desprotegida, esquecida e desprezada, muitas vezes nem sequer sendo informada acerca do andamento do processo. Isso sem falar de outro aspecto: o próprio sistema processual impõe à vítima o tormento de depoimentos

* Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo - aposentado. Doutor *Honoris Causa* em Direito pela Universidade de Estudos de Salerno (Itália). Presidente e Professor do Complexo Jurídico Damásio de Jesus. Diretor-Geral da Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jeusus. Autor de várias obras de Direito Penal e de Direito Processual Penal.

infindáveis e altamente constrangedores, o que por vezes significa um sofrimento tão terrível quanto aquele pelo qual já passou quando do crime. E vítima duas vezes: uma pelo autor do fato e outra pelo Estado.

No Direito Penal dos antigos, a vítima tinha uma palavra a dizer no processo penal, e uma palavra por vezes decisiva.

O Direito Penal brasileiro aprofunda suas raízes no velho Direito Penal português, que vigorou durante séculos em nosso território. As Ordenações Filipinas, por exemplo, promulgadas em 1603 por Filipe II de Portugal (Felipe III de Espanha), previam que em alguns delitos a sentença judicial pudesse ser muito diminuída e até mesmo praticamente anulada se a vítima *sponte propria* perdoasse o infrator. Era o caso, por exemplo, da mulher condenada por adultério, que podia ser perdoada pelo marido e reintegrada ao lar [1]. Em casos desses, muito mais do que punir quem havia delinqüido, o que a lei visava era reconstituir os laços sociais e comunitários rompidos pelo delito[2].

No Direito Penal moderno, que se afirmou nos últimos séculos a partir de um processo geral de hipertrofia do Estado e diminuição das autonomias dos grupos sociais intermediários entre o indivíduo e o próprio Estado, as vítimas quase nada têm a dizer - exceção feita dos casos de ação criminal privada. Se a ação é movida pelo Ministério Público, que atua em nome da sociedade, pouco importa que os sujeitos passivos perdoem os ativos, é a sociedade como um todo que foi ofendida, e é o Estado, alçado em representante último e definitivo da sociedade, que pune irremediavelmente e sem contemplações.

A sociedade da qual o Estado se arvora em representante, no caso, é sociedade entendida no plano teórico e especulativo, quase à maneira de um ente de razão, pouco ou nada se levando em conta a sociedade real, ou seja, o minúsculo tecido social e comunitário em que ocorreu o delito e do qual participam a vítima e o delinqüente, como também muitas outras pessoas relacionadas com ambos e indiretamente concernidas no caso: parentes, amigos, conhecidos, colegas de trabalho, de estudo, de diversão ou de prática religiosa. Essa visão, como mais adiante se exporá, vem sendo ultimamente objeto de crítica entre os estudiosos do Direito.

Nós mesmo, em nossos livros e em nossa atividade como Professor de Direito Penal, não temos poupado críticas a essa visão unilateral e simplificadora do Direito Penal. Ela é, antes de tudo, insuficiente. Não evita o crime, não traz o criminoso ao convívio social, não satisfaz nem indeniza as vítimas e, sobretudo, não reconstitui o tecido humano e comunitário rompido pelo delito.

No caso concreto do Brasil, o quadro que presenciamos é um sistema penitenciário ao mesmo tempo hipertrofiado e inoperante. Os presídios já estão superlotados - muitas vezes com

---

[1] Dispõe textualmente o Livro V, Título XXV, de tais Ordenações: "*E toda a mulher, que fizer adulterio a seu marido, morra por isso. (...) E postoque o marido querele de sua mulher, e a accuse, se lhe perdoar, em qualquer tempo se seja, assi antes da accusação, como durando a accusação, como depois de ser condemnada por sentença, mandamos a qualquer Justiça, sob cujo poder a tal mulher stiver preza, que tanto que o marido lhe perdoar ante a mesma Justiça, ante quem pender o feito (...) seja logo solta, se por al não fôr preza, sem mais appellação 148 Dispõe textualmente o Livro V, Título XXV, de tais Ordenações: "E toda a mulher, que fizer adulterio a seu marido, morra por isso. (...) E postoque o marido querele de sua mulher, e a accuse, se lhe perdoar, em qualquer tempo se seja, assi antes da accusação, como durando a accusação, como depois de ser condemnada por sentença, mandamos a qualquer Justiça, sob cujo poder a tal mulher stiver preza, que tanto que o marido lhe perdoar ante a mesma Justiça, ante quem pender o feito (...) seja logo solta, se por al não fôr preza, sem mais appellação*

[2] Um curioso exemplo disso pode ser verificado no clássico *Auto das regateiras de Lisboa*, peça teatral humorística composta por um anônimo em fins do século XVI e inícios do século XVII, a qual retrata e satiriza de modo muito vivo alguns aspectos da sociedad e lisboeta da época. Duas regateiras (mulheres que vendiam gêneros alimentícios no mercado popular) de Lisboa, brigam com a criada de uma delas, produzindo um alvoroço no mercado, com grave perturbação da ordem e do decoro público. Levadas as três diante do juiz que tinha jurisdição sobre o mercado público, este, após se informar do caso, declara inocentes as duas regateiras e condena a criada a uma pena ridiculamente severa. Ao final, diante da consternação geral, reconhecendo que se havia excedido na sentença, mas não podendo voltar atrás, dirige-se às ofendidas e as incita a perdoarem a condenada, pois somente elas, perdoando o delito, poderiam impedir a execução de uma sentença já proferida. As duas regateiras perdoam então a criada e o auto tem o seu final feliz (cf. SILVEIRA BUENO. *Auto das Regateiras de Lisboa*. 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 1969).

detentos cujos delitos, como adiante trataremos, não deveriam ser punidos com prisão. Acresce que há muitas dezenas de milhares de mandados de prisão expedidos por autoridades judiciárias não obedecidos - por várias razões, uma das quais é porque se o fossem os cárceres não seriam suficientes. Desses mandados de prisão não cumpridos, muitos se referem a delinqüentes perigosos que realmente representam risco para a sociedade e deveriam, a bem da tranqüilidade pública, ser trancafiados, mas estão soltos e, mesmo que o desejassem, as autoridades nem teriam onde colocá-los.

As delegacias policiais, que por sua própria natureza não deveriam se confundir com estabelecimentos penitenciários, mantêm em cárceres improvisados um número excessivamente elevado de prisioneiros com processo ainda em curso, em várias fases de andamento, ou mesmo sem processo instaurado, por vezes durante longos meses e até anos. Em celas planejadas para acolher provisoriamente a 6 ou 8 detentos, acumulam-se em condições subumanas 20, 30 ou até 40 prisioneiros, misturados lado a lado criminosos altamente perigosos e simples indiciados por delitos, muitas vezes, de menor gravidade.

O resultado é que as prisões, quer no sistema policial, quer no sistema penitenciário, se transformaram-se em verdadeiras universidades do crime. Muitos delinqüentes menores em potencial ofensivo, pelo convívio indiscriminado com criminosos perigosos e irrecuperáveis, aprendem o que não devem e saem, quando saem, não recuperados para a vida social e comunitária, mas muito piores do que entraram, com vinculações perigosas que se mantêm após a libertação e que, quase irremediavelmente, acabam arrastando de volta o infeliz para o submundo da marginalidade social e do crime. Isso é o que se passa no sistema penal brasileiro, mas infelizmente não é só no Brasil que tal ocorre. Em grau maior ou menor, o mesmo terrível problema existe em numerosas outras nações.

Outro elemento complica ainda mais o quadro. É a tendência verificada em muitas legislações modernas – de modo especial a brasileira – para exagerar desproporcionadamente a penalização de muitos fatos que não são, razoavelmente, matéria para tanto.

O Direito Penal brasileiro de hoje – não escondemos a ninguém nosso modo de pensar a respeito – é demasiadamente preventivo e estabelece normas cominativas e incriminadoras a um sem-número de setores da atividade humana, pouco importando a natureza do fato, seja ele ambiental, referente ao consumo, à informática, ao pagamento de tributos, ao controle do trânsito etc. Atribui-se-lhe a tarefa de disciplinar os conflitos antes mesmo que eles sejam regulamentados pelas disciplinas próprias dessas áreas[3].

O resultado é que se multiplicam desmedidamente as leis penais, cada vez mais repressivas e severas, aplicadas em áreas muito diversas. Teoricamente, sua finalidade é proteger a sociedade, que se sente insegura diante do contínuo noticiário, veiculado pelos meios de comunicação social, de crimes aterradores contra a vida, contra o Estado, contra o meio ambiente etc. Na prática, tal sistema, à força de ser abrangente e draconiano, acaba por produzir, paradoxalmente, um efeito contrário ao visado: ao invés de garantir as liberdades individuais do cidadão honesto, limita drástica e abusivamente o exercício de tais liberdades. Com isso, o Direito Penal perde o caráter que lhe é próprio, de intervenção mínima e última e adquire a natureza de um conjunto de normas de atuação primária e imediata. Deixa de ser a *ultima ratio* e passa a ser a *prima ratio*. A sanção penal passa a ser considerada pelo legislador como indispensável para a solução de todos os conflitos sociais, a panacéia para os males do País. O efeito, insistimos, é que em vez de garantir as liberdades sociais, cada vez mais o

[3] HASSEMER, Winfried. *História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra.* Trad. Carlos Eduardo Vasconcelos. ***R****evista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, vol. 6, p. 63, n. 4.2.2, 1994.

cidadão honesto se sente manietado, violentado no exercício de suas legítimas liberdades, comprimido entre duas entidades com poderes igualmente amplos e ameaçadores: de um lado, os *out law*, os criminosos cada vez mais organizados e tendentes a constituir um verdadeiro Estado dentro do Estado; de outro, o Governo inquisitorial, dispondo de mecanismos legais repressivos amplos, generalizados, minuciosos e drásticos.

Não é só o cidadão honesto que se vê, assim, colocado entre Scila e Caribdis... São também aqueles que tiveram a infelicidade de praticar algum delito de menor gravidade ou de incorrer - até mesmo inadvertidamente - em alguma das inumeráveis prescrições penais estabelecidas pela caudalosa legislação. Esses também se vêem arrastados sem o querer pelo implacável mecanismo punitivo do Estado. Correrão sério risco de se deixarem envolver nas malhas dos verdadeiros criminosos; e, na melhor das hipóteses, ainda que procurem seriamente se recuperar e se reintegrar na sociedade, terão a maior dificuldade de ser aceitos por ela, já que ficarão com a reputação manchada para o resto de suas vidas por uma condenação criminal.

O velho estigma de Jean Valjean, o ex-forçado que durante décadas lutou para ser aceito na sociedade burguesa da França oitocentista, retratado com talento por Victor HUGO nas páginas de *Les Misérables*[4], parece perseguir implacavelmente qualquer ex-prisioneiro de uma prisão moderna, esteja ele em que parte do mundo estiver. É o quadro que, em linhas gerais, vemos no momento presente. Voltamos a dizer que falamos mais diretamente do nosso País, onde já em 1999 existia uma população carcerária de 192 mil pessoas, ocupando cárceres cuja lotação máxima não ultrapassava 107 mil vagas, mas, com ligeiras variantes, esse é o quadro existente em numerosos outros países.

Diante desse colapso - a palavra pode parecer demasiado forte mas não o é - do Direito Penal, há juristas que pretendem aumentar ainda mais o número e o rigor das leis penais; há outros, muito numerosos, que tendem a reduzir, em grau maior ou menor, a área de aplicação do Direito Penal, propendendo para a tese do Direito Penal Mínimo. E chega a haver outros, mais radicais, que propugnam a abolição pura e simples da legislação penal[5]. Obviamente, esta última pseudo-solução de nada vale. Seria como se uma lei eliminasse o exercício da Medicina, declarando tal ciência inútil porquanto mostra a experiência que mais cedo ou mais tarde todos os doentes acabam por morrer...

Nós, aplicadores e estudiosos do Direito Penal, temos que procurar outras soluções, mais efetivas e adequadas à realidade psicossocial do mundo hodierno, para garantir a aplicação de uma Justiça mais justa e benfazeja.

2. A reação do bom senso

Entre aqueles que militam no Direito Penal, alguns movimentos concretos têm surgido nas últimas décadas em vários países do globo, visando a corrigir a visão simplificadora e falseadora da realidade psicossociológica que em considerável medida orienta, como mostramos, a legislação penal contemporânea.

---

4 Bruxelas, 1862, 10 vols.

5 Ver, a respeito, entrevista do Prof. Sebastian SCHEERER, Diretor do Instituto de Criminologia da Universidade de Hamburgo, concedida ao Prof. Paulo QUEIROZ, Procurador da República e Professor da Universidade Católica de Salvador, em 1° de agosto de 2000, disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/publicacoes.php>. Nessa entrevista, reproduzida no Boletim IBCCRIM n. 95, de outubro de 2000, o professor alemão, depois de comentar seu livro *"Crítica da Razão Punitiva"*, fala da tese do Direito Penal Mínimo, defendida por juristas como Alessandro BARATTA e Wolfgang NAUCKE e, menos radicalmente, por outros como Winfried HASSEMER e Peter-Alexis ALBRECHT, os quais tendem a reduzir a área de aplicação do Direito Penal a pouquíssimos comportamentos absolutamente inaceitáveis pela sociedade, como assassinato ou estupro. Depois, discorre sobre a tese abolicionista, defendida entre outros por Louk HULSMAN e Nils CHRISTIE, mostrando propender claramente por esta última posição.

Trataremos a seguir, especificamente, de três deles: o movimento pela valorização das vítimas, o da Justiça Restaurativa e o que propugna uma ampliação do papel das chamadas penas alternativas.

2.1 Movimento pela valorização das vítimas

Se examinarmos numa perspectiva histórica[6] o desenvolver da Justiça Penal no mundo, veremos que o papel desempenhado pelas vítimas foi sofrendo sempre um declínio.

Inicialmente, a aplicação da Justiça era um "caso pessoal", competindo à própria vítima ou a sua família o restabelecimento do equilíbrio abalado pelo delito. A justiça se fazia de acordo com a lei de Talião, na base do *"olho por olho, dente por dente"*, mediante a aplicação da clássica *vendetta* que teve incidência em algumas partes do mundo. Ou então se fazia mediante um mecanismo de compensações, geralmente acertado entre os chefes das famílias em conflito: um casamento ou o oferecimento de uma reparação condigna, selava a paz entre os clãs antagônicos.

À medida que foi se firmando a idéia, a que já nos referimos, de que é a sociedade como um todo, e não o indivíduo que sofre diretamente a ação delituosa, a principal vítima do delito, e que cabe à sociedade, representada pelo Estado, exigir satisfação do delinqüente, foi decaindo cada vez mais o papel da vítima.

O Código de Instrução Criminal de Napoleão representou, de certa forma, um elemento contrário a essa tendência geral, pois introduziu a figura da *action civile*, por meio da qual a vítima podia tomar a iniciativa de um processo de âmbito penal visando a recuperar os bens perdidos ou compensar-se pelos danos sofridos. Essa idéia encontrou acolhida na legislação de alguns países europeus. Sem embargo disso, e de alguns pioneiros da moderna Criminologia, como GAROFALO e FERRI terem, ainda no século XIX, manifestado no plano teórico a necessidade da compensação das vítimas como um dos principais objetivos do sistema judiciário, o fato é que a tendência a minimizar cada vez mais o papel da vítimas continuou dominante.

Somente nos anos 70 do último século é que se pode situar um definido e verdadeiro movimento pelo retorno do interesse pelas vítimas do crime, movimento esse causado por fatores vários, de natureza social, cultural e científica. Um dos efeitos desse movimento é o surgimento de um ramo novo da Criminologia, a Vitimologia, iniciada nos anos 60 num plano puramente teórico e com seu âmbito ampliado na década seguinte, para a área da Psicologia, da Medicina e das Ciências Sociais, envolvendo já pesquisas sistemáticas de tipo empírico.

Dois filões principais de temas a Vitimologia vem focalizando: de um lado, foram estudadas cientificamente as conseqüências da interação da vítima com os vários níveis do sistema judiciário, e de outro os efeitos das medidas legislativas novas, com repercussões criminais, sobre as vítimas.

Quanto ao primeiro filão, cabe registrar aqui um dos estudos científicos pioneiros realizados acerca do impacto psicológico exercido sobre as vítimas pelos mecanismos policiais e judiciários, feito por HOLMSTROM e BURGESS em 1975, por meio de entrevistas das vítimas de violência sexual registradas durante um ano no serviço de pronto-socorro de uma grande cidade norte-americana. As entrevistas foram sistematicamente registradas em três fases distintas: a primeira, durante a internação hospitalar das vítimas; a segunda, algumas semanas depois; a terceira, bem mais tarde, durante o curso dos procedimentos judiciais.

A conclusão a que chegaram os autores é que as vítimas freqüentemente se sentiram

[6] Seguimos em linhas gerais, em quase todo este tópico 2.1., a exposição feita por Uberto GATTI e Maria Ida MARUCO, do Instituto de Criminologia e Psiquiatria Forense da Universidade de Gênova, em *Verso una maggiore tutela dei diritti delle vittime: la Giustiza Riparativa al vaglio della ricerca empirica, Rassegna Italiana di Criminologia*, Indici 1992, Milano, pp. 487-513.

constrangidas a sofrer graves frustrações, vivendo experiências humilhantes e degradantes, de tal forma que, especialmente para as mulheres, alguns procedimentos judiciais representavam um acontecimento tão traumatizante quanto a própria violência sexual de que haviam sido objeto. Os aspectos negativos mais assinalados pelos dois pesquisadores foram a excessiva duração do processo, o fato de serem públicas as audiências e a tendência das autoridades a inquirir as vítimas de modo agressivo e intimidatório, quase idêntico ao modo com que interrogavam os criminosos.

Depois de HOLMSTROM e BURGESS, outros estudos científicos realizados em universos diferentes chegaram a conclusões análogas.

Como conclusão geral desses estudos, pareceu demonstrado pela pesquisa empírica que as vítimas, depois de terem acionado o mecanismo policial-judiciário pela queixa que fizeram inicialmente, manifestam-se frustradas pela falta de informações a respeito do andamento do processo, e sentem-se objeto de injusto esquecimento por parte das autoridades, que não parecem interessadas nos problemas das vítimas, mas unicamente preocupadas em punir os criminosos. As vítimas manifestam também sentir-se atingidas pela falta de respeito e sensibilidade por sua dignidade pessoal e sua privacidade.

No que diz respeito ao papel da legislação nova - segundo filão dos estudos vitimológicos - vários países europeus e da América do Norte passaram a demonstrar preocupação com as vítimas, por meio de medidas normativas de vários níveis.

Nos Estados Unidos, por exemplo, tanto o Governo Federal como a quase totalidade dos Estados adotaram normas contidas no *Crime Victim Bill of Rights*, as quais, entre outras coisas, estabelecem a obrigação da Polícia de fornecer às vítimas amplas informações acerca dos serviços médicos e sociais de que elas dispõem na fase difícil por que estão passando, e até mesmo informar as vítimas sobre a eventual soltura dos acusados.

Medidas legislativas visando à assistência psicológica e material das vítimas foram também tomadas no Canadá, na Suécia, na Holanda e na Inglaterra. Em 1985, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa convidou os Estados membros, por meio da *Reccommandation n° R(85)11 sur la position de la victime dans de cadre du droit pénal et de la procedure pénale*, a reexaminar as normas e orientações práticas acerca do interrogatório das vítimas, que (queiram ou não queiram) revivem nesse procedimento todas as fases da experiência altamente dolorosa qual foram constrangidas a passar, sobretudo no caso de crimes de natureza sexual.

No mesmo ano, a Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou a *Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime an Abuse of Power*, na qual é reconhecido o direito de a vítima ter acesso a todos os mecanismos da justiça e a ter, durante todo o curso processual, assistência a suas necessidades, podendo ainda exprimir a qualquer momento suas queixas, exigências e opiniões acerca do assunto e tendo resguardadas a privacidade e a garantia contra intimidações de qualquer gênero. No mesmo importante documento é enfatizada a importância de a vítima receber, quer de parte de entidades governamentais, quer de entidades de caráter privado, a assistência material, médica, psicológica ou social de que haja mister; e também é incentivada a adoção de mecanismos alternativos informais para a boa resolução do caso, entendendo-se como tais o recurso à mediação, à arbitragem, a práticas comunitárias de utilização consuetudinária, bem como aos sistemas reparativos de compensação e restituição.

Vemos, pelo até aqui exposto neste tópico – em que nos louvamos quase exclusivamente no excelente estudo, já referido, de GATTI e MARUGO[7] – que a preocupação com os sentimentos,

[7] Veja-se também, a respeito, no que concerne à Europa: MARQUES, Frederico Moyano. *Protecção e promoção dos direitos das vítimas de crimes na Europa/Protection and promotion of victims' rights in Europe*. Lisboa : APAV, 2003.- 296 pp; e, em relação ao Brasil: LIMA, André Estefam Araújo. *Lei de proteção a vítimas e testemunhas - Lei n. 9.807/99*. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, dez. 2000. Disponível em: <www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm>.

as aflições e as necessidades das vítimas, longamente esquecidas e desprezadas, vem reaparecendo e vem se firmando em muitos países, por uma saudável evolução das mentalidades e das instituições penais, baseada em pesquisas científicas idôneas.

Freqüentemente, nas considerações feitas por estudiosos da Vitimologia, surgem considerações que encaminham a solução do problema para os dois movimentos que veremos a seguir: o da Justiça Restaurativa e o da valorização das Penas Alternativas. Os três movimentos, aliás, embora na ordem teórica sejam perfeitamente estanques – e como tais os analisamos separadamente neste artigo – na ordem prática freqüentemente se interpenetram e quase se confundem.

2.2 Movimento pela Justiça Restaurativa

De uns anos para cá, também a chamada Justiça Restaurativa (*Restorative Justice*) tem marcado presença entre os estudiosos do Direito Penal.

Fundamentalmente, a Justiça Restaurativa é uma prática alternativa e menos formal de restabelecer a Justiça procurando restaurar, como sua própria designação exprime, a ordem anterior à ruptura representada pelo delito. Ela não elimina o caráter punitivo do processo penal, mas o coloca em importância bastante secundária.

Muito mais importante do que a punição, indispensável, mas que em última análise não passa de um mal voltado contra outro mal, é a satisfação da vítima por uma justa reparação ao mal que sofreu; é a recuperação/ressocialização do delinqüente; e acima de tudo é a recomposição das relações sociais comunitárias rompidas pelo delito. Trata-se, portanto, propriamente de uma restauração, realizada em três níveis: o da vítima, o do faltoso e o da comunidade em que ambos vivem.

Na sua origem, a Justiça Restaurativa parece ter sido inspirada em rituais dos aborígenes maoris, da Nova Zelândia. Entre eles, existe o conceito de *whanau,* que significa família ampliada. É no âmbito tribal da "família ampliada" que os maoris resolvem seus conflitos.

O exemplo dos maoris inspirou o sistema judicial neozelandês, que desde 1989 vem adotando institucionalmente o modelo dos *family group conferences* (para infratores menores de idade ou muito jovens) e também, mais recentemente, o dos *community group conferences* (para infratores adultos), obtendo resultados muito animadores quanto à prevenção de reincidências[8].

O modo de funcionamento da Justiça Alternativa é característico:

"Na Nova Zelândia, o modelo não substitui o Judiciário, ele o complementa. Um caso só é submetido a esse sistema se o réu confessar a culpa e, preferencialmente, se a vítima for um indivíduo facilmente identificado. O juiz encaminha então o caso a funcionários do Ministério da Justiça ou da Infância e do Adolescente, que sondam as partes sobre o interesse em que o processo corra sob as regras da Justiça Restaurativa. Se as partes consentirem, é realizada uma reunião que inclui vítima, infrator, familiares de um e de outro, representantes da comunidade e assistentes sociais que conduzem a conferência. Se não houver consenso sobre a pena, o caso volta ao tipo comum de julgamento; se houver solução consensual, ela é submetida ao juiz. Em sua sentença, ele não precisa reproduzir a decisão da conferência, mas é obrigado a levá-la em consideração"[9].

O exemplo maori e a experiência penal neozelandesa atraíram as atenções de numerosos penalistas que, diante do colapso – mais uma vez usamos a expressão enérgica – do sistema penal moderno, procuravam uma alternativa razoável para ele.

De fato, já antes de se delinear com perfeita clareza, a partir da Nova Zelândia, o conceito de

---

[8]GOMES PINTO, Renato Sócrates, **Justiça Restaurativa**. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, abr. 2004. Disponível em: <www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm>.

[9]Evento debate novo tipo de Justiça Penal. Porto Alegre, 27/09/2004. Disponível em: <www.pnud.ord.br/seguranca/reportagens>.

Justiça Alternativa, notava-se entre estudiosos do Direito Penal uma preocupação com o problema e uma busca de soluções para ele, sendo algumas das hipóteses aventadas muito parecidas àquelas que a Justiça Alternativa veio oferecer.

No citado estudo de GATTI e MARUGO, por exemplo, publicado em 1992 e focalizado, como vimos, no papel das vítimas de delitos penais, já são feitas abordagens do problema, algumas das quais bem anteriores ao ano da publicação, as quais parecem inegavelmente ordenadas à Justiça Restaurativa que só mais tarde tomaria forma:

"In considerazione del fatto che le pene tradizionali, come la multa, la probation*, il carcere, ecc., non presentano alcun vantaggio per le vittime di reati, è stato ritenuto conveniente ampliare la gamma delle possibili risposte al momento della pronuncia della sentenza; più specificatamente, in opposizione alla tendenza a rispondere ad un male, il delitto, con un altro male, la pena, tendenza che non rappresenta altro che una sorta di 'matematica negativa', è stata introdotta una nuova prospettiva, diretta a favorire una giustizia 'riparativa', che consente di reagire in modo utile e positivo, in modo tale da rimediare, almeno parzialmente, ai danni provocati dal delitto, ovvero, secondo i programmi più ambiziosi ed innovativi, da risolvere il conflitto fra l'autore e la vittima del reato. Espressione di questa nuova prospettiva sono i sistemi di restituzione, compensazione e mediazione. ...*

*"Al fine di risolvere il conflitto sottostante al reato e di favorire, da parte dei due protagonisti, la comprensione dei fatti delittuosi, cercando così di ripristinare la pace sociale, è stato seguito un nuovo approccio, alternativo al tradizionale sistema di giustizia penale, che propone articolati schemi di intervento, quali la mediazione e la riconciliazione (*Victim Offender Reconciliation Programs *o, più brevemente,* VORP*). Tali programmi sono stati applicati per la prima volta una ventina di anni fa a Kitchener nell'Ontario a due giovani che, dopo essersi ubriacati, avevano commesso atti di vandalismo e che, grazie all'intervento del* probation officer *ed alla collaborazione del tribunale provinciale competente del caso, potereno beneficiare dell'opportunità di incontrare le loro vittime per spiegare a queste chi essi fossero e che cosa esattamente avvessero fatto. ...*

"Sebbene le vittime godano del diritto di non partecipare al programma di mediazione proposto, la ricerca empirica ha rivelato che solo una minoranza si avvale di tale diritto, mentre la maggior parte accetta volontieri questa soluzione e si dichiara sodisfatta di questa peculiare modalità di risposta alla criminalità"[10].

A Justiça Restaurativa, envolvendo no processo penal outros elementos além da vítima e do infrator, quais sejam, os grupos sociais familiares ou outros (ambientes de trabalho, de lazer, de prática religiosa etc.) , nos quais ambos se situam e em que ambos agem, em alguma medida "terceiriza" a aplicação da justiça. É o Estado que transfere (e de certa forma devolve) parte de suas atribuições judicativas à sociedade civil, ou mais especialmente àquela parcela da sociedade diretamente relacionada com o delito concreto que se está tratando de punir e reparar. Tudo isso em ordem à reconstituição do tecido social e dos vínculos comunitários, à reparação condigna da vítima - que no processo da Justiça Restaurativa desempenha papel primordial - e à recuperação do infrator, figurando a punição apenas como elemento complementar, se bem que necessário, do processo.

Experiências de prática da Justiça Restaurativa têm sido realizadas em vários países, sobretudo com delinqüentes menores de idade: Canadá, Inglaterra e Itália. E também com adultos que cometeram delitos de menor gravidade. Em Portugal, desde janeiro de 2005 um projeto piloto de aplicação da Justiça Alternativa vem sendo realizado na cidade do Porto, sob a responsabilidade da Escola de Criminologia da Faculdade de Direito do Porto, articulada com o Ministério Público local[11].

É possível que seja a da Colômbia a experiência que o público internacional está acompanhando com mais interesse[12]. Na cidade de Cali, realizou-se de 10 a 12 de fevereiro de 2005, o Simposio Internacional para la Justicia Restaurativa y Paz en Colombia-2005, promovido pela Pontifícia Universidad

[10]Art. cit., pp. 499-501.

[11]PEIXOTO, Alberto. *Vem aí uma nova* ***justiça!*** Disponível em: <www.geocities.com/criminalidade/novajustica.html>.

[12]Ver site <www.justicia-restaurativa.colombia.org>.

Javeriana de Cali, com participação oficial do Presidente da República, Álvaro Uribe Vélez, de altas autoridades do país e de cerca de 500 pessoas, muitas das quais provenientes de outros países - entre as quais dois Prêmios Nobel da Paz, o arcebispo Desmond M. Tutu e José Ramos Horta.

A iniciativa do certame, além da citada Universidade, deveu-se a diversas ONGs, tais como a Corporación Excelencia en la Justicia, a Fundación Paz y Bien e a Fundación Alvaralice, e contou com o apoio da Agência dos Estados Unidos para o Desenvolvimento Internacional-USAID. Entre os que falaram nesse simpósio contavam-se o Presidente da República e vários Senadores e Ministros de Estado, além de especialistas convidados nas áreas de Direito, Sociologia, Psicologia, Antropologia etc.

O objetivo do encontro foi estudar a aplicação dos princípios da Justiça Restaurativa numa sociedade como a colombiana, há mais de 50 anos padecendo de um conflito que, depois de um período de baixa intensidade, ampliou-se nos anos 80 com a intensificação das guerrilhas e do narcotráfico, chegando a um patamar em que a catástrofe humanitária foi classificada, pela ONU, como a maior do hemisfério ocidental: 25 mil pessoas mortas por ano e milhões de pessoas vivendo sob ameaça contínua. Nesse contexto, diante de uma sociedade fragmentada e traumatizada, pareceu aos participantes do simpósio muito indicada a aplicação dos princípios da Justiça Restaurativa, com vistas sobretudo a restabelecer o equilíbrio do bom convívio social, com a cicatrização das feridas abertas por décadas de violência e intolerância.

O simpósio, que foi precedido de duas reuniões preparatórias realizadas em abril e outubro de 2004, procurou também contribuir para a busca de mecanismos pacíficos para resolver as diferenças profundas que desgarraram a sociedade colombiana, mediante a conscientização e a prática da Justiça Restaurativa e da convivência comunitária, contribuindo ao mesmo tempo para dar visibilidade a experiências realizadas no país e em outras nações sobre o tema[13].

O Ministério da Justiça do Brasil vem acompanhando com interesse as experiências de Justiça Restaurativa. Em junho de 2004, uma equipe constituída por sete juristas brasileiros (cinco juízes e dois membros do Ministério Público) esteve na Nova Zelândia, a convite do governo local, para examinar *in loco* os procedimentos restaurativos ali aplicados.

Em outubro de 2004 um dos participantes dessa equipe, Dr. Renato Campos De Vitto, Procurador licenciado do Estado de São Paulo e assessor da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, participou, na qualidade de representante do Ministério da Justiça, de um seminário sobre Justiça Restaurativa realizado na Universidade Federal de Porto Alegre, promovido pelo Instituto de Acesso à Justiça, com parceria da ONG britânica Justice e do British Council. A posição de De Vitto, no caso, diversamente da de outros participantes do encontro, pareceu-nos equilibrada e muito realista: o sistema neozelandês pode inspirar soluções muito adequadas à realidade brasileira, mas não podemos simplesmente copiá-lo. Foi o que destacou, respondendo a entrevista do link UK:

"Embora devamos ter cautela na análise da possibilidade de mera replicação de experiências praticadas por países da commom law*, que comporta normas e procedimentos muito mais flexíveis, não é arriscado afirmar que a filosofia restaurativa pode ser absorvida pelo sistema brasileiro. Em parte, algumas leis brasileiras, como a lei de juizados especiais criminais, incorporam os objetivos buscados pelo modelo criminológico que inspira a Justiça Restaurativa, mas a aplicação prática desses ideais pode ser muito aprimorada. É muito difícil afirmar nesse momento em que o conhecimento acumulado sobre o assunto no Brasil é incipiente e a literatura nacional é quase inexistente, qual é o modelo mais adequado ao nosso sistema. Por essa razão, o Ministério da Justiça acredita que o mais importante nessa fase é aprofundar os debates, o que também é uma recomendação da ONU"*[14].

[13] Ver site www.fides.org/por/news/2005/0502/02_3896.html

[14] Marcelo MONTEIRO. Por uma justiça mais humana - ritual de solução de conflitos do povo Maori pode inspirar sistema penal brasileiro. Disponível em: <www2.britishcouncil.org/br/brasil-linkuk-3-justice.htm>.

O 1° Juizado Especial do Núcleo Bandeirante, cidade satélite de Brasília, está no momento testando um plano piloto de aplicação da Justiça Restaurativa para delitos com punição de até dois anos de reclusão[15].

A nosso ver, a Justiça Restaurativa pode trazer grandes vantagens, embora comporte alguns riscos[16]. Ela não pode ser entendida como um afrouxamento da sociedade em relação ao crime ou apenas como protetora dos direitos humanos dos criminosos. Não se trata, evidentemente, de uma visão romântica e idealizadora de todo e qualquer criminoso. A Justiça Restaurativa não pode, evidentemente, aplicar-se em relação a crimes graves, ou a criminosos que cometeram delitos menos graves, mas que são de alta periculosidade. A Justiça Restaurativa também não pode pretender substituir-se à Justiça formal e oficial. Seu papel é apenas complementar e subsidiário, em casos muito restritos, mas de grande significado no relacionamento das comunidades e com um alcance psicológico e sociológico de valor incalculável.

Nós, pessoalmente, consideramos a Justiça Restaurativa - se bem aplicada e, sobretudo, se aliada a uma judiciosa utilização de penas alternativas para delitos de menor gravidade, dos quais trataremos a seguir - uma das grandes esperanças do Direito Penal deste início de século e de milênio.

Como bem resumiram dois dos mais destacados próceres dessa corrente do Direito, Paul McCOLD e Ted WACHTEL, do International Institute for Restorative Practices, em trabalho apresentado no XIII Congresso Mundial de Criminologia, realizado em agosto de 2003, na cidade do Rio de Janeiro:

"Em um mundo onde as pessoas sentem-se cada vez mais alienadas, a justiça restaurativa procura restaurar sentimentos e relacionamentos positivos. O sistema de justiça restaurativa tem como objetivo não apenas reduzir a criminalidade, mas também o impacto dos crimes sobre os cidadãos. A capacidade da justiça restaurativa de preencher essas necessidades emocionais e de relacionamento é o ponto chave para a obtenção e manutenção de uma sociedade civil saudável"[17].

2.3 Movimento pela ampliação do recurso às penas alternativas

Resta tratar do terceiro movimento que consideramos fruto de uma reação do bom senso, diante do colapso do sistema penal hodierno: o movimento pela ampliação do recurso às penas alternativas.

Esse movimento, que tem aliás encontrado guarida na legislação penal brasileira, procura ampliar o recurso às penas alternativas para delitos de menor gravidade, com a finalidade de impedir que aos infratores venha a ser aplicada a pena privativa de liberdade.

Penas alternativas são sanções de natureza criminal diversas da prisão, como a multa, a prestação de serviços à comunidade, as interdições temporárias de direitos e muitas outras.

Durante o 7° Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento dos Delinqüentes, foi expedida uma Resolução de n. 16, a qual enfatizava a necessidade de reduzir o número de reclusos pela adoção de soluções alternativas à prisão. Os primeiros estudos concretos a respeito, no âmbito das Nações Unidas, foram formulados em 1986, pelo Instituto Regional das Nações Unidas da Ásia e do Extremo Oriente para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente. O passo seguinte foi a reação das *Regras Mínimas para a Elaboração de Medidas não*

---

[15] País testa mediação na área penal. Disponível em: <www.federasul.com.br/camara_arbitral/noticias/novas/26_10_2004_01.html>.

[16] Alguns dos riscos de uma Justiça Restaurativa mal entendida foram apontados por Anna COLAFIGLI, Mario TANTALO e Carla BIANCHERA **em I Principi della Giustizia Riparativa contenuti nell'art. 28 del D.P.R. 448/88, Rassegna Italiana di Criminologia,** Indici 1995, Milano, pp. 195-208.

[17] ***Em Busca de um Paradigma: Uma Teoria de Justiça Restaurativa***. Disponível em: <www.realjustice.org/library/paradigm_port.html>.

Privativas de Liberdade, também conhecidas como *Regras de Tóquio*, traduzidas por nós para o Português a pedido do Ministério da Justiça, cuja adoção foi recomendada pelo 8° Congresso da ONU, em 14 de dezembro de 1990, pela Resolução 45/110, da Assembléia Geral.

Em numerosos países têm sido ampliadas as espécies e as modalidades de penas alternativas. Numa pesquisa acurada que fizemos em fontes legislativas de muitos países, conseguimos elencar 53 penas alternativas[18].

No caso concreto do Brasil, o Código Penal vigente, atualizado pela Lei n. 9.714/98, prevê as seguintes penas alternativas:

1ª) prestação pecuniária (art. 43, I): consiste no pagamento à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a um nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos (art. 45, § 1°);

2ª) perda de bens e valores pertencentes ao condenado em favor do Fundo Penitenciário Nacional (art. 43, II), considerando-se o prejuízo causado pela infração penal ou o provento obtido pelo agente ou por terceiro (art. 45, § 3°);

3ª) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas (arts. 43, IV, e 46): atribuição de tarefas gratuitas ao condenado (art. 46, § 1°) em entidades assistenciais, escolas, hospitais etc. (art. 46, § 2°);

4ª) proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo (art. 47, I);

5ª) proibição de exercício de profissão, atividade ou ofício que depende de habilitação oficial, de licença ou autorização do Poder Público (art. 47. II);

6ª) suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo (art. 47, III);

7ª) proibição de freqüentar determinados lugares (art. 47, IV);

8ª) limitação de fim de semana (arts. 43, VI e 48);

9ª) multa (art. 44, § 2°);

10ª) prestação inominada (art. 45, § 2°): em que o juiz, havendo aceitação do condenado, pode substituir a prestação pecuniária (arts. 43, I, e 45, § 1°), que se cumpre com pagamento em dinheiro à vítima, por *"prestação de outra natureza"*.

Essas são as penas alternativas previstas desde 1998 pela legislação brasileira. Anteriormente, o Código Penal, em sua redação de 1984, previa apenas quatro modalidades de penas alternativas[19].

No Brasil atual, só podem ser aplicadas penas alternativas se:

1°) a pena privativa de liberdade imposta na sentença pela prática de crime doloso não for superior a quatro anos (art. 44, I);

2°) cuidando-se de crime culposo, qualquer que seja a quantidade da pena detentiva, pode ser substituída por restritiva de direitos ou multa, desde que presentes as circunstâncias pessoais favoráveis (art. 44, I e § 2°);

3°) é necessário que o réu não seja reincidente em crime doloso (art. 44, II, observado o § 3°);

4°) exigência de que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indiquem a conveniência da substituição (art. 44, III).

No Brasil, as penas alternativas são substitutivas, ou seja, o juiz, em primeiro lugar, fixa a pena privativa de liberdade e depois a substitui por uma ou mais alternativas, se for o caso. Não podem

---

[18] JESUS, Damásio de. **Penas alternativas**. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, abr, 1999. Disponível em: <www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm>.

[19] Participamos ativamente, por honroso convite do Ministério da Justiça, dos estudos preparatórios da Lei n. 9.714/98, que ampliou as penas alternativas no Código Penal Brasileiro. Nossa orientação, nas emendas que sugerimos às autoridades, seguia na linha de ampliação ainda maior da que realmente acabou sendo aprovada pelo Congresso Nacional.

ser aplicadas diretamente, nem cumuladas com penas privativas de liberdade. A substituição é obrigatória, desde que presentes as condições de admissibilidade, não se tratando, pois, de simples faculdade judicial.

Nosso modo de pensar, a respeito das penas alternativas, é muito claro. Sempre fomos favoráveis à sua ampliação judiciosa, naturalmente para delitos de menor gravidade, para evitar aos infratores o trauma muitas vezes irremediável da prisão. Considerando-se o sistema carcerário iníquo que existe no Brasil, com as prisões superlotadas e insuficientes, considerando-se ademais que elas se transformaram, como dissemos, em verdadeiras universidades do crime, nossa convicção é que para elas só devem ir os criminosos que cometeram crimes graves, ou aqueles que, mesmo tendo cometido crimes de menor gravidade, apresentam um grau de periculosidade que torna seu convívio danoso à sociedade.

A ressocialização dos infratores sempre foi preocupação nossa, nos longos anos que exercemos o Ministério Público, como acusadores, assim como na nossa também extensa carreira como Professor de Direito Penal. A detenção, seja no sistema policial das delegacias, seja nos estabelecimentos penitenciários, quase inevitavelmente produz nos infelizes que adentram as portas do cárcere um trauma irrecuperável. Uma vez saídos do cárcere, um ignominioso estigma os perseguirá até o fim de suas vidas e, por vezes, injustamente, prolongar-se-a pela vida dos seus filhos e netos. Aos infelizes que têm a desgraça de pela primeira vez nas suas vidas transporem algemados os umbrais de uma prisão, bem se poderia aplicar o verso famoso que Dante imaginou colocado, como um dístico, nas portas do inferno: *"Lasciate ogni speranza, voi ch'entrate"*...

A ampliação em toda a medida do razoável das penas alternativas, sobretudo se conjugada com elementos da Justiça Restaurativa e utilizando como poderoso fator auxiliar a iniciativa privada (ONGs, empresas, comunidades religiosas etc.), a nosso ver, é muito mais indicada para ressocializar o infrator, reintegrando-o na sociedade. Muito mais do que um romântico *wishfullthinking,* esse é um objetivo ao nosso alcance desde que verdadeiramente o queiramos atingir. Convencemo-nos disso pela experiência adquirida no Patronato Damásio de Jesus, instituição privada que atuou com sucesso na cidade de Bauru (SP), transferida agora para São Paulo, Capital, como integrante do Complexo Jurídico Damásio de Jesus, com a finalidade de auxiliar o Estado, na aplicação das penas alternativas, e colaborar com a sociedade, contribuindo para a ressocialização dos delinqüentes.

Resumindo: em nosso modo de entender, devemos procurar uma Justiça muito mais ágil, simples, flexível, individualizada, efetiva, justa e também mais séria. Uma justiça que não apenas puna o criminoso, mas que demonstre particular atenção para com a vítima e com a família desta; que procure também, sempre que possível, recuperar o delinqüente; que seja de tolerância zero para com o crime, mas ao mesmo tempo se preocupe em ressocializar o delinqüente; que valorize as penas alternativas, reservando as prisões para os criminosos perigosos.

Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal

Ingo Wolfgang Sarlet*

1. Notas introdutórias

Como tivemos oportunidade de enfatizar em artigo publicado já há algum tempo[1], no marco político e jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, o princípio da proporcionalidade (a despeito de toda a controvérsia que o cerca), especialmente naquilo em que veda a ação arbitrária do Estado e se manifesta como sendo uma exigência da própria isonomia, acabou por assumir uma posição de tamanho destaque, que não há mais como quedarmos simplesmente indiferentes quando se cuida de sua aplicação também na esfera penal (aqui compreendida de modo amplo, abrangendo tanto a dimensão material quanto processual). Aliás, é justamente nesta seara (jurídico-penal) que, ainda mais entre nós e nos últimos anos, o princípio da proporcionalidade talvez tenha tido maior repercussão, já que sua aplicação em outras áreas, designadamente no direito administrativo e tributário, de há muito já estava incorporado à tradição doutrinária e jurisprudencial brasileira, embora a intensificação no que diz com a sua aplicação prática e no concernente ao debate teórico tenha efetivamente atingido o seu apogeu na última década. Neste sentido, bastaria apontar para a farta produção bibliográfica e ao significativo número de decisões judiciais, inclusive dos Tribunais Superiores, invocando a proporcionalidade, por mais que em muitos desses casos seja possível (e necessário!) discutir a consistência dos julgados e a correção dos resultados.

Na mesma oportunidade, sustentamos (na época, praticamente isolados no contexto nacional, ainda mais em matéria penal[2]) que a noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente, como ainda será desenvolvido, a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, razão pela qual a proporcionalidade também é incompatível com a ausência de uma proteção ou com uma proteção insuficiente dos direitos fundamentais, razão pela qual a doutrina (já com alguma repercussão na jurisprudência) passou a advogar a existência de uma dupla dimensão, ou, como preferem Luciano Feldens e Lenio

* Doutor em Direito pela Universidade de Munique, Alemanha. Estudos de Pós-Doutoramento em Munique (bolsista do Instituto Max-Planck de Direito Social Estrangeiro e Internacional e bolsista do DAAD junto a Universidade de Munique) e Georgetown Law Center (Washington-DC). Professor Titular de Direito Constitucional dos cursos de Graduação, do Mestrado e Doutorado em Direito, bem como do Mestrado em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Brasil), Professor de Direito Constitucional da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. Professor do Doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha), Coordenador do NEDF - Núcleo de Estudos e Pesquisas em Direitos Fundamentais (PUC/CNPQ), Juiz de Direito em Porto Alegre, Brasil.

1 Após uma primeira versão, publicada sob o título "Constituição e Proporcionalidade: O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre a Proibição de Excesso e a Proibição de Insuficiente", na Revista de Estudos Criminais, vol. 12, 2003, p. 86-12-, também publicada na Revista Brasileira de Ciências Criminais n° 47, mar.-abril de 2004, uma versão ligeiramente atualizada com algumas notas bibliográficas e jurisprudenciais foi publicada sob o título "Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o Direito Penal Entre Proibição de Excesso e de Insuficiência" no Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra n° 81, 2005, p. 325-386.

2 Na mesma época – e estamos a mencionar análises vinculadas diretamente ao direito penal - surgiam também os primeiros trabalhos específicos de Lenio Luiz Streck e Luciano Feldens versando sobre o tema, embora sua publicação tivesse ocorrido após a elaboração da primeira versão do nosso texto, apresentada ao Congresso Internacional do IBCCRIM de 2003.

Streck, de uma "dupla face"[3] do princípio da proporcionalidade, operando simultaneamente como proibição de excesso e como proibição de insuficiência.

Transcorridos já alguns anos, seguimos convictos da correção das premissas centrais da nossa análise, assim como estamos convencidos da oportunidade e conveniência de retomarmos, agora já à luz de novos estímulos oriundos da doutrina e jurisprudência, o debate que, no nosso sentir, apenas está na sua fase embrionária. Acima de tudo temos a firme convicção de que a necessária defesa de uma concepção garantidora dos direitos fundamentais, única compatível com os pressupostos do Estado Democrático de Direito, ainda mais se este Estado for sempre também um Estado Constitucional, somente se revela como legítima em sendo amiga do princípio da proporcionalidade na sua dúplice acepção já referida.

Com efeito, nunca é demais relembrar que o fio condutor da nossa análise segue sendo a necessidade de superar moral, jurídica e socialmente, a era dos extremos (que caraterizou o breve século XX, na precisa historiografia de Hobsbawm[4]) de tal sorte a combater – designadamente em matéria criminal – tanto o abolicionismo, quanto a intolerável "tolerância zero". Assim, uma leitura constitucionalmente adequada e genuinamente garantista (já que também a respeito do garantismo existem várias leituras possíveis!) da proporcionalidade não se poderá fazer a não ser no contexto de uma abordagem "mite" (portanto, de um Direito da equidade), que, tal qual sugere Zagrebelsky, exige a capacidade de alcançar composições "em que haja espaço não só para uma, e sim para muitas 'razões'[5].

Tal perspectiva é tanto mais imperiosa, quanto maiores são os níveis de polarização (inevitavelmente acompanhada de uma boa dose de paranóia e até mesmo – pelo menos em algumas situações – de um sentimento de histeria coletiva) instaurados no seio da sociedade, o que, em matéria penal, aponta para a ilegitimidade seja de um abolicionismo irresponsável (este transgredindo a proibição de insuficiência), seja, por outro lado, das políticas de "tolerância zero" (melhor seria falar em "criminalidade zero", que justamente exige políticas públicas efetivas em matéria social, cultural e econômica e não a substituição destas por políticas criminais arbitrárias e reprodutoras da exclusão) ou das tentativas de justificas um injustificável "direito penal do inimigo", que, dentre outras medidas arbitrárias, acaba, no mais das vezes, por violar a assim chamada proibição de excesso.

A despeito destas e de outras considerações relevantes para o contexto no qual se insere também este trabalho, o que importa nesta fase preliminar é destacar a necessidade de valorizar o marco jurídico-constitucional que, por conta dos direitos e deveres fundamentais, impõe limites ao Estado e à própria sociedade, e que a legislação em matéria penal e processual penal, assim como a atuação da Administração Pública e do Poder Judiciário nesta matéria, somente será legítima quando compatível com os parâmetros normativos da Constituição, o que inclui (por mais que ainda alguns queiram contestar) o respeito às exigências da proporcionalidade. Neste trabalho, que retoma em boa parte questões já desenvolvidas no texto anterior já referido, empreenderemos a tentativa de, após uma breve recapitulação dos aspectos principais da dogmática constitucional em matéria de deveres de proteção do Estado e da correlata concepção da proporcionalidade como proibição de excesso e proibição de insuficiência (ora atualizada à luz da produção

---

3 Cf. Lenio Luiz Streck, " A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais", in: *Revista da AJURIS* , nº 97, março de 2005, p. 171 e ss., assim como Luciano Feldens, *A Constituição Penal. A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle das Normas Penais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, especialmente p. 155 e ss.

4 Eric Hobsbawm, *A Era dos Extremos*, 2ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

5 Gustavo Zagrebelsky. *El derecho dúctil*. 3ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999, pp. 146-7. Para o autor, a relação de tensão entre o caso e a regra "introduz inevitavelmente um elemento de eqüidade na vida do direito" (p. 148).

doutrinária mais recente), aprofundar a discussão, à luz especialmente da problemática da prisão provisória e da progressão de regime no âmbito da execução da pena, dos limites e possibilidades de aplicação desta dupla dimensão da proporcionalidade em matéria penal.

Acima de tudo, pretendemos reforçar os argumentos de que a aplicação da proporcionalidade, inclusive na sua acepção mais controversa, que é a da proibição de insuficiência (proteção insuficiente!), constitui um importante instrumento para assegurar que a Justiça (também como expressão da noção de equilíbrio e de justa medida) não seja apenas um valor abstratamente consagrado, mas concretizado nas relações entre o Estado e a sociedade.

2. A perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais e sua função como imperativos de tutela ou deveres de proteção do Estado: significado e principais desdobramentos

Em que pese o substancial consenso a respeito da existência de uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais (pelo menos no âmbito da dogmática constitucional européia continental[6]), importa consignar, desde já, que, no concernente ao seu conteúdo, significado e suas diversas implicações, ainda permanecem sérias controvérsias na doutrina e jurisprudência, dissídio este que se manifesta até mesmo na seara terminológica, em face das diversas denominações atribuídas à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.[7] Sem que se possa aqui aprofundar o tema, o que importa, para efeitos do presente texto, é a constatação de que a função dos direitos fundamentais não se limita (notadamente no contexto do Estado Democrático de Direito) à sua condição de direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.[8] Em outras palavras, de acordo com o que consignou Pérez Luño, na esteira da doutrina e jurisprudência germânica, já recolhida por outras ordens constitucionais, os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais.[9] Em termos gerais, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais significa que às normas que prevêem direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende esta perspectiva subjetiva,[10] e que, além disso, desemboca no

---

6 Como contraponto, vale destacar – sem que aqui se vá desenvolver este aspecto - a ausência de um desenvolvimento dogmático similar no direito constitucional norte-americano, o que não significa que não exista uma profícua e influente produção versando sobre os valores constitucionais no âmbito das discussões em torno dos limites e da legitimação da interpretação constitucional. Neste sentido, v. o contributo de Daniel Sarmento, "A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: fragmentos de uma teoria", in: Ricardo Lobo Torres e Celso Albuquerque Mello (Org), *Arquivos de Direitos Humanos*, vol. 04, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 73 e ss, o qual bem aponta que a objeção de um ilegítimo ou pelo menos exagerado ativismo judicial, especialmente por conta dos órgãos encarregados da jurisdição constitucional, assim como de uma espécie de hipertrofia dos direitos fundamentais, notadamente em função dos desdobramentos de sua dimensão objetiva, também tem sido constantemente argüida na Alemanha (basta referir aqui autores do porte de Habermas, Hesse e Böckenförde), de tal sorte que também aqui existem importantes convergências com o direito norte-americano (op. cit., p. 75 e ss.).

7 Esta a advertência de Robert Alexy, *"Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen*", in: *Der Staat* 29 (1990), p. 51, que, em caráter meramente exemplificativo, refere as seguintes expressões ligadas à dimensão objetiva dos direitos fundamentais e que foram extraídas da doutrina e da jurisprudência: ordem objetiva de valores, sistema de valores, decisões constitucionais fundamentais, direitos fundamentais como normas objetivas, diretrizes e impulsos, etc. Em que pese a o uso habitual da terminologia "dimensão objetiva e subjetiva", convém ressaltar que, com o objetivo de evitar eventuais equívocos relacionados ao problema das diversas dimensões (como sucedâneo do termo "gerações") dos direitos fundamentais, preferimos utilizar a expressão "perspectiva objetiva e subjetiva".

8 Cf. BVerfGE 7, 198/204 e ss., posteriormente objeto de ratificação em uma série de outras decisões (por ex., BVerfGE 49, 89/141 e ss, e, mais recentemente, em **BVerfGE 9**8, 365/395).

9 Cf. Antonio-Enrique Pérez Luño**,** *Los Derechos Fundamentales,* 6ª ed., Madrid: Tecnos, 1995, pp. 20-1, que, neste contexto, aponta para a função legitimadora do Estado de Direito decorrente desta significação axiológica objetiva dos direitos fundamentais, na medida em que constituem os pressupostos do consenso sobre o qual se funda qualquer sociedade democrática, exercendo, neste sentido, o papel de sistematizar o conteúdo axiológico objetivo do ordenamento democrático.

10 Cf., dentre tantos, José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 143.

reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais.[11] É por isso que a doutrina costuma apontar para a perspectiva objetiva como representando também – naqueles aspectos que se agregaram às funções tradicionalmente reconhecidas aos direitos fundamentais – uma "mais-valia jurídica", no sentido de um reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais,[12] mais-valia esta que, por sua vez, pode ser aferida por meio das diversas categorias funcionais desenvolvidas na doutrina e na jurisprudência, que passaram a integrar a assim denominada perspectiva objetiva da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais e dentre as quais o reconhecimento de deveres de proteção (imperativos de tutela) assume um lugar de destaque, inclusive no que diz com sua repercussão na esfera jurídico-penal.

Se até agora nos estivemos movimentando no âmbito da perspectiva objetiva na sua acepção valorativa, e não na esfera do desenvolvimento de novos conteúdos que podem integrar, de acordo com a distinção feita por Vieira de Andrade, a perspectiva jurídico-objetiva sob o aspecto de sua caracterização como um reforço (no sentido de complementação) da eficácia normativa dos direitos fundamentais há que tomar posição também nesta seara. Mais propriamente, para evitar eventual confusão com os pontos que acabamos de desenvolver, cuida-se aqui de apontar para os desdobramentos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais na qualidade de efeitos potencialmente autônomos, no sentido de não necessariamente atrelados (o que não implica refutar a conexão evidente entre a dimensão objetiva e subjetiva) aos direitos fundamentais na sua condição de normas de direito subjetivo[13]. Como bem lembra Konrad Hesse, a multiplicidade de significados inerente aos direitos fundamentais na condição de elementos da ordem objetiva corre o risco de ser subestimada caso for reduzida à dimensão meramente axiológica, de acordo com a qual os direitos fundamentais constituem uma ordem de valores objetiva[14] e cujos aspectos peculiares já foram objeto de breve referência.

Como primeiro desdobramento de uma força jurídica objetiva autônoma dos direitos fundamentais costuma apontar-se para o que a doutrina alemã – de modo não imune a importantes críticas –[15] denominou de uma eficácia irradiante ou efeito de irradiação (*Ausstrahlungswirkung*) dos direitos fundamentais e, por evidente, do princípio da dignidade da pessoa humana e demais princípios fundamentais, no sentido de que estes, na sua condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que, além disso, apontaria para a necessidade de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais, que, ademais, pode ser considerada – ainda que com restrições – como modalidade semelhante à difundida técnica hermenêutica da interpretação conforme a Constituição.[16] A técnica da interpretação conforme, como bem sinalou Daniel

[11] Neste sentido, por exemplo, Horst Dreier, in: *JURA* 1994, p. 509.

[12] Cfr. leciona José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*..., p. 165.

[13] A este respeito, v. a lição de José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*..., p. 161.

[14] Cf. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg: C.F. Muller, 1995, p. 135.

[15] Cfr. Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1999 (existe tradução em língua portuguesa sob o título Direitos Fundamentais e Direito Privado, Coimbra: Almedina, 2003), pp. 30-31, afirmando que a expressão eficácia irradiante não possui consistência dogmático-jurídico, não representando mais do que uma fórmula vaga e imprecisa extraída da linguagem cotidiana.

[16] V., dentre outros, as atualizadas manifestações de Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Grundrechte, S|taatsrecht II*, Heildelberg: C.F. Muller, 1995, p. 23 e ss., bem como de Michael Sachs, "Vorbermerkungen zu Abschnitt I", in: Michael Sachs (Org), *Grundgesetz-Kommentar*, München: C.H. Beck, 1996, p. 79. No direito lusitano estes efeitos da dimensão objetiva encontram-se arrolados de forma clara e didática na obra de José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*..., pp. 168-9, que, neste contexto, além da necessidade de uma interpretação conforme os direitos fundamentais, aponta para a existência de uma obrigação geral de respeito vigente também na esfera privada e que identifica como um efeito externo deles. Neste sentido, entendemos que este dever geral de respeito tanto diz respeito à necessidade de uma hermenêutica vinculada aos direitos fundamentais, quanto à problemática de sua eficácia privada. Entre nós, a interpretação dos direitos fundamentais encontra-se primorosamente tratada, entre outras tantas obras de valor, no referencial curso do Prof. Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 532 e ss.

Sarmento, muito embora constitua valioso instrumento para a concretização da eficácia irradiante, não exclui outras manifestações desta última, já que a aplicação dos valores constitucionais mais elevados às situações concretas não se verifica (pelo menos não se deveria verificar) apenas em situações de cunho patológico[17], reclamando uma verdadeira filtragem constitucional[18] que, em linhas gerais, encontra expressão na permanente necessidade de uma interpretação prospectiva[19] e emancipatória[20] da ordem jurídica à luz do espírito da Constituição[21]. Associado a este efeito irradiante dos direitos fundamentais encontra-se, portanto, o assim designado fenômeno da constitucionalização de todos os ramos do Direito (com todas as suas seqüelas, a começar pela já referida superação de uma concepção dicotômica das categorias do público e do privado e da afirmação da noção de unidade do sistema jurídico), bem como a problemática mais específica da sua eficácia na esfera nas relações entre particulares, que, por sua vez, desborda dos limites deste trabalho. Em suma, naquilo que toca o objeto do presente estudo, cuida-se, de levar a sério a função da Constituição como limite material do direito penal e marco delimitador da própria política criminal[22], o que somente será possível se o direito penal e o processo penal forem de fato constituídos desde a Constituição e da sua axiologia[23]. Assim sendo, em causa não está outra coisa senão a necessária e já referida *filtragem* constitucional também do direito penal e processual penal e que implica uma leitura constitucionalmente adequada de todos os institutos jurídico-penais, inclusive a coerente aplicação do princípio da proporcionalidade (seja no concernente à sua já referida dúplice dimensão, seja no que diz com os seus respectivos critérios) sobre o que, de resto, voltaremos a nos pronunciar[24].

Além das funções já referidas e dos outros desdobramentos possíveis no âmbito da dimensão jurídico-objetiva e que aqui não teremos condição de desenvolver, assume relevo – notadamente em virtude de sua particular repercussão para a temática ora versada – a função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado (por sua vez, agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais) na condição de deveres de proteção (*Schutzplichten*) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões oriundas de particulares e até mesmo de outros Estados,[25] função esta muitos tratam sob o rótulo de função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela, como prefere especialmente Canaris. O Estado – como bem lembra Dietlein – passa, de tal modo, a assumir uma função de amigo e guardião – e

---

17 Cfr. Daniel Sarmento, *A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais*..., p. 80-81.

18 A respeito deste tema v. a obra específica de Paulo Ricardo Schier, *Filtragem Constitucional. Construindo uma nova dogmática jurídica*, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999.

19 Nesta perspectiva v. as já clássicas contribuições em língua portuguesa de Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1988 (ao destacar que com a promulgação de uma nova Constituição ocorre a novação da ordem jurídica e, portanto, imperiosa a sua reinterpretação) e, entre nós, de Luís Roberto Barroso, *Aplicação e Interpretação da Constituição,* 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 145 (falando-nos de uma interpretação evolutiva), assim como Lenio Luís Streck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica,* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, em linhas gerais lembrando que não se deve olhar o novo com os olhos do velho, isto é, com o olhar voltado para trás.

20 Clèmerson Merlin Clève, "Teoria Constitucional e o Direito Alternativo", in: *Uma Vida Dedicada ao Direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, referindo que por meio da constitucionalização (notadamente pela via interpretativa) os valores emancipatórios contidos na Constituição incidirão sobre a ordem jurídica infraconstitucional.

21 De modo geral, estamos a nos mover aqui em seara a respeito da qual (pelo menos no concernente à necessidade de uma interpretação conforme a Constituição e um filtragem constitucional da normativa infraconstitucional) existe já expressiva e qualificada doutrina no direito pátrio, não sendo o caso de desenvolver esta perspectiva.

22 Cf., por todos, Luciano Feldens, *A Constituição Penal*..., p. 40 e ss.

23 Cf. a fórmula proposta para o processo penal por Aury Lopes Jr., *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, vol. 1, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 07 e ss.

24 É nesta perspectiva que se situa, por exemplo, a afirmação de Winfried Hassemer, "Segurança Pública no Estado de Direito", in: *Três Temas de Direito Penal*, Porto Alegre: Publicações da Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 70, no sentido de que o direito processual penal não é outra coisa senão direito constitucional aplicado.

25 A este respeito, v., dentre outros, Konrad Hesse, *Grundzüge*..., p. 155, e Michael Sachs, in: *Grundgesetz*..., pp. 79-80.

não de principal detrator – dos direitos fundamentais[26]. Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza com o objetivo precípuo de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais e os bens e interesses que constituem o objeto da tutela jusfundamental[27]. No âmbito da doutrina germânica, a existência de deveres de proteção encontra-se associada principalmente – mas não exclusivamente – aos direitos fundamentais à vida e integridade física (saúde), tendo sido desenvolvidos com base no art. 2, inc. II, da Lei Fundamental, além da previsão expressa encontrada em outros dispositivos.[28] Se passarmos os olhos pelo catálogo dos direitos fundamentais de nossa Constituição (no caso, a Brasileira), será possível encontrarmos também alguns exemplos que poderiam, em princípio, enquadrar-se nesta categoria.[29]

Partindo-se de possível e prestigiada (embora não incontroversa) distinção entre uma dimensão negativa e positiva dos direitos fundamentais, convém relembrar que, na sua função como direitos de defesa os direitos fundamentais constituem limites (negativos) à atuação do Poder Público, impedindo, por exemplo, ingerências indevidas na esfera dos bens jurídicos fundamentais, ao passo que, atuando na sua função de deveres de proteção (imperativos de tutela), as normas de direitos fundamentais implicam – em primeira linha – deveres de atuação positiva do Estado, notadamente, obrigando-o a intervir (preventiva ou repressivamente) inclusive quando se tratar de agressão oriunda de outros particulares. Tal dever de proteção – para além de expressamente previsto em alguns preceitos constitucionais – pode ser também reconduzido ao princípio do Estado de Direito, na medida em que o Estado é o detentor do monopólio, tanto da aplicação da força, quanto no âmbito da solução dos litígios entre os particulares, que (salvo em hipóteses excepcionais, como o da legítima defesa), não podem valer-se da força para impedir e, especialmente, corrigir agressões oriundas de outros particulares.[30]

Já em outro plano e deixando de adentrar aqui a discussão em torno da subjetivação dos deveres de proteção (portanto, da existência de direitos à proteção[31]), situa-se a celeuma em torno dos pressupostos para a incidência de um dever de proteção e o seu reconhecimento pelos órgãos jurisdicionais, em outras palavras, da legitimação para a intervenção do controle judicial nesta seara. Neste sentido, vale colacionar a lição de Claus-Wilhelm Canaris, para quem deverá haver a concorrência dinâmica dos seguintes critérios: a) a incidência da hipótese normativa de um direito fundamental, o que resta afastado quando se pode partir do pressuposto que determinadas hipóteses estão desde logo excluídas do âmbito de aplicação de determinada norma jusfundamental; b) necessidade de proteção e de seus indicadores: ilicitude da conduta, efetiva ameaça ao bem fundamental e dependência (no sentido próximo de uma suscetibilidade) do titular do direito fundamental ameaçado em relação ao comportamento de terceiros[32]. Que os critérios elencados por Canaris não excluem outras posições e igualmente

[26] Cfr. Johannes Dietlein, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin: Duncker & Humblot, 1992, p. 17 e ss.

[27] Esta a lição, dentre outros, de Peter Badura, *Staatsrecht*, München: C.H. Beck, 1986, p. 79; na literatura mais recente, v., por exemplo, Hans D. Jarass e BodoPieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 3ª ed., München: C.H. Beck, 1995, p. 19.

[28] Neste sentido, Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Grundrechte*..., pp. 26-7; a respeito de exemplos expressamente positivados, Gerrit Manssen, *Staatsrecht I - Grundrechtsdogmatik*, München: Franz Vahlen, 1995, p. 17, que menciona os arts. 1º, inc. I (dignidade humana), e 6º, inc. IV (proteção da maternidade), da Lei Fundamental.

[29] Assim, poder-se-ia cogitar de um dever geral de proteção decorrente expressamente do artigo 5º, "caput", da CF, que menciona expressamente o direito à segurança, assim como a proteção do consumidor na forma da lei (art. 5º, inc. XXXII), do dever de assegurar-se a proteção das participações individuais em obras coletivas (art. 5º, inc. XXVIII). No âmbito dos direitos sociais dos trabalhadores, merecem destaque as normas do art. 7º, inc. X (proteção do salário, na forma da lei), art. 7º, inc. XXVII (proteção legal contra a automação) e art.7º, inc. XX (proteção do mercado de trabalho da mulher), apenas para que se fique na esfera das hipóteses que de forma mais evidente anunciam deveres expresssos de proteção por parte do Estado, por meio de medidas legislativas na esfera dos direitos fundamentais.

[30] Sobre este fundamento da teoria dos deveres de proteção, v. Ingo von Münch, *Die Drittwirkung von Grundrechten in Deutschland*, Frankfurt am Main: Peter Lang, p. 26.

[31] Sobre este tópico, v., dentre outros, a abalizada síntese de João Carlos Gonçalves Loureiro, *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 182 e ss.

[32] Cfr. Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, p. 72 e ss.

não são imunes a críticas, não afasta a circunstância de que um dever de proteção (e, portanto, um dever de atuação do Estado) carece de uma especial justificação para o seu reconhecimento e reclama especial cuidado no seu controle, especialmente naquilo que diz com a aplicação dos critérios da proporcionalidade compreendida como proibição de insuficiência, o que voltará a ser objeto de menção, embora com especial atenção para o contexto jurídico-penal.

Deixando de lado – neste contexto – a controvérsia que grassa em torno da possibilidade de se deduzirem, com base nos deveres de proteção do Estado (isto é, na função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela) certas posições jurídicas subjetivas, de modo especial o reconhecimento de um direito individual subjetivo a medidas ativas de proteção por parte dos poderes públicos[33] – desde logo é perceptível o quanto tal dimensão assume destaque na esfera jurídico-penal, já que um dos importantes meios pelos quais o poder público realiza o seu dever de proteção em relação a direitos fundamentais é justamente o da proteção jurídico-penal desses. Aliás, tomando-se o caso da Alemanha – foi justamente nesta seara (mais precisamente por ocasião do debate em torno da proteção do direito à vida e da descriminalização do aborto) que a teoria dos deveres de proteção acabou encontrando receptividade na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal[34]. No que diz com os desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais subseqüentes, basta atentar para a relevância da discussão a respeito do modo de implementação dos deveres de proteção, que, de há muito, dentre outros aspectos, trava-se, por exemplo, em torno do complexo problema dos limites e possibilidades quanto ao reconhecimento de mandados implícitos de criminalização e suas conseqüências, assim como a respeito da descriminalização e/ou despenalização de condutas ofensivas a direitos fundamentais ou outros aspectos vinculados aos mandados expressos e implícitos de criminalização[35], que, de resto, são relativamente freqüentes na Constituição Federal de 1988.

Por mais que se possa discutir se a finalidade primeira do direito penal é, ou não, a proteção de determinados bens jurídicos (e se apenas bens fundamentais – ou menos determinados bens fundamentais! – são dignos da tutela por meio do direito penal)[36], certo é que a resposta penal para condutas ofensivas a bens jurídicos pessoais e sociais sempre tem por efeito – pelo menos em princípio e de algum modo, especialmente quando se trata da coibição temporária da prática de delitos – a sua proteção, não importando (neste contexto) o quão efetiva é a proteção, quais os seus limites e até mesmo se existe para tanto uma justificativa legítima. Tais considerações, por sua vez, remetem-nos diretamente ao princípio (ou postulado, como preferem alguns) da proporcionalidade e às suas aplicações na esfera jurídico-penal, visto que tanto a tipificação penal de uma conduta (que sempre resulta em alguma intervenção em direitos fundamentais) quanto a ausência de tutela penal podem implicar violação das exigências da proporcionalidade. Convém retomar aqui a noção de que o direito penal e o direito processual penal apenas podem ser

---

[33] Sobre o ponto, v., dentre outros, Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 410 e ss.

[34] Neste sentido, a paradigmática decisão encontrada em *BVerfGE* vol. 39, especialmente p. 49 e ss (houve uma segunda decisão a respeito da descriminalização do aborto, do dia 28.05.93, {*BVerfGE 88,* p. 203 e ss.} que acabou chancelando a figura da assim denominada proibição de insuficiência, que será objeto de análise um pouco mais detida neste estudo, mas que, em linhas gerais, não desbordou – naquilo que interessa aos deveres de proteção – essencialmente da primeira). Nesta mesma linha (notadamente no concernente ao reconhecimento de deveres de proteção estatais) situam-se importantes decisões de outros Tribunais Constitucionais, com destaque para a decisão do Tribunal Constitucional da Espanha (Sentença nº 53, de 1985), e, mais recentemente, do Tribunal Constitucional de Portugal (Acórdão nº 288, de 18.04.98). Em todas estas decisões assumiu papel de destaque o argumento de que o Estado tem um dever de proteção da vida mesmo contra a pessoa da mãe e que tal dever exige a implementação de um sistema legal de proteção da vida, que, considerando a natureza do valor em causa, inclui uma proteção na esfera jurídico-penal, de tal sorte que também a descriminalização de condutas ofensivas a bens fundamentais pode ser impugnada por inconstitucional.

[35] Entre nós, v. especialmente os desenvolvimentos de Luciano Feldens, *A Constituição Penal*..., especialmente p. 69 a 154.

[36] A respeito desta problemática, v., entre outros, Maria da Conceição Ferreira da Cunha, *"Constituição e Crime", uma perspectiva da criminalização* **e da** *descriminalização*, Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995. Entre nós. Remetemos novamente a Luciano Feldens, idem nota 35 *supra*.

compreendidos no marco da Constituição e que esta, portanto, impõe limites aos poderes constituídos, inclusive ao legislador, que dispõe apenas de uma relativa liberdade de conformação ao definir os tipos penais, fixar sanções e estabelecer outras medidas vinculadas ao poder de punir estatal[37].

3. A dupla via do princípio da proporcionalidade: o legislador e o juiz entre proibição de excesso e proibição de insuficiência

Ainda que não se pretenda aqui uma digressão a respeito do significado e conteúdo do princípio (?)[38] da proporcionalidade no âmbito da teoria constitucional, que, de resto, reclamaria uma investigação de proporções monográficas, não poderíamos, contudo (a despeito da farta e qualificada produção doutrinária já existente mesmo em língua portuguesa[39]), deixar de esboçar – especialmente quanto a este ponto – alguns contornos que reputamos essenciais ao enfrentamento do tema deste ensaio e que já nos podem fornecer a munição suficiente (portanto, e em certo sentido, proporcional) para as ponderações a serem tecidas no último segmento, onde pretendemos concretizar a problemática esboçada na introdução analisando alguns casos extraídos da jurisprudência e da legislação.

Na seara do direito penal (e isto vale tanto para o direito penal material, quanto para o processo penal) resulta – como já referido – inequívoca a vinculação entre os deveres de proteção (isto é, a função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela) e a teoria da proteção dos bens jurídicos fundamentais, como elemento legitimador da intervenção do Estado nesta seara, assim como não mais se questiona seriamente, apenas para referir outro aspecto, a necessária e correlata aplicação do princípio da proporcionalidade e da interpretação conforme a Constituição. Com efeito, para a efetivação de seu dever de proteção, o Estado – por meio de um dos seus órgãos ou agentes – pode acabar por afetar de modo desproporcional um direito fundamental (inclusive o direito de quem esteja sendo acusado da violação de direitos fundamentais de terceiros). Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais que, nesta perspectiva, atuam como direitos de defesa, no sentido de proibições de intervenção (portanto, de direitos subjetivos em sentido negativo, se assim preferirmos). O princípio da proporcionalidade atua, neste plano (o da proibição de excesso), como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais, o que também já é de todos conhecido e dispensa, neste contexto, maior elucidação.

Por outro lado, o Estado – também na esfera penal – poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada

---

[37] Cf. também e por todos, Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales,* Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2005, p. 117.

[38] O ponto de interrogação entre parênteses nos remete à discussão em torno da qualificação jurídico-normativa da proporcionalidade, já que se discute a sua condição de princípio ou de regra (tomando-se aqui ambas as noções tal qual formuladas teoricamente por Robert Alexy e seus seguidores), isto sem falar nas considerações mais recentes questionando a condição propriamente principiológica da proporcionalidade (especialmente em se partindo dos referênciais apresentados por Alexy) que, segundo esta doutrina, notadamente quando se cuidar do controle de constitucionalidade (proporcionalidade) de atos estatais, assume feições de postulado normativo-aplicativo, razão pela qual se faz referência a um dever de proporcionalidade. Neste sentido, v. a contribuição crítica de Humberto Bergmann Ávila, *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo: Malheiros, 2003, especialmente p. 104 e ss (no que diz com a proporcionalidade).

[39] Restringindo-nos à produção monográfica nacional (brasileira) específica, que aqui vai citada em caráter não exaustivo, reportamo-nos às obras de Raquel Denize Stumm, *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais,* Brasília: Brasília Jurídica, 1996, Paulo Armínio Tavares Buechele, *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, Wilson Antônio Steinmetz, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade,* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios,* São Paulo: Malheiros.

(pelo menos em parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É neste sentido que – como contraponto da assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*). Neste sentido, o princípio da proibição de insuficiência atua como critério para aferição da violação de deveres estatais de proteção e dos correspondentes direitos à proteção[40].

Com efeito, a partir de desenvolvimentos teoréticos formulados especialmente por Claus-Wilhelm Canaris[41] e Josef Isensee,[42] o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, por ocasião da sua segunda decisão sobre o aborto, em maio de 1993, considerou que o legislador, ao implementar um dever de prestação que lhe foi imposto pela Constituição (especialmente no âmbito dos deveres de proteção) encontra-se vinculado pela proibição de insuficiência[43], de tal sorte que os níveis de proteção (portanto, as medidas estabelecidas pelo legislador) deveriam ser suficientes para assegurar um padrão mínimo (adequado e eficaz) de proteção constitucionalmente exigido[44]. A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo), razão pela qual não nos parece adequada a utilização da terminologia proibição de omissão (como, entre nós, foi proposto por Gilmar Ferreira Mendes[45]) ou mesmo da terminologia adotada por Joaquim José Gomes Canotilho, que – embora mais próxima do sentido aqui adotado – fala em "proibição por defeito", referindo-se a um "defeito de proteção"[46].

Deixando de lado considerações de ordem terminológica – mesmo que estas não tenham cunho meramente ornamental! – o que importa destacar no contexto é que o princípio da proporcionalidade, para além da sua habitual compreensão como proibição de excesso, abrange outras possibilidades, cuja ponderada aplicação, inclusive na esfera jurídico-penal, revela um amplo leque de alternativas. Que tanto o princípio da proibição de excesso, quanto o da proibição de insuficiência (já por decorrência da vinculação dos órgãos estatais aos deveres de proteção) vinculam todos os órgãos estatais, de tal sorte que a problemática guarda conexão direta com a intensidade da vinculação dos órgãos estatais aos direitos fundamentais e com a liberdade de conformação do legislador penal (não é à toa que se fala que houve uma evolução – pelo menos

---

[40] Cf., neste sentido, a conceituação proposta por Carlos Bernal Pulido, *EL princípio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, especialmente p. 798 e ss.

[41] Cfr. Claus-Wilhelm Canaris, "Grundrechte und Privatrecht", in: *AcP (Archiv für die civilistische Praxis) nº 184, 1984, p. 228 e ss., posteriormente ratificado e desenvolvido na obra Grundrechte und Privatrecht,* de 1999, já referida.

[42] Cfr. Josef Isensee, in: Josef Isensee e Paul Kirchhof (Org**),** *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland,* vol. V, Heidelberg: C.F. Müller, 1992, § 111, onde, além de analisar a função defensiva dos direitos fundamentais, versa com profundidade sobre a função dos direitos fundamentais como deveres de proteção.

[43] No âmbito do direito brasileiro, parece-nos que o pioneirismo na utilização desta terminologia deva ser atribuído a Luís Virgílio Afonso da Silva,"O proporcional e o razoável" in*: Revista dos Tribunais*, nº 798, abril de 2002, p. 23 e ss. (especialmente p. 27), anotando, com precisão, que a utilização desta categoria já justificaria, por si só, o abandono do tratamento como sinônimos dos conceitos de proporcionalidade e proibição de excesso.

[44] Cfr. *BverfGE 88,* pp. 203 (254).

[45] Cfr. Gilmar Ferreira Mendes, "Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões", in: Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco, *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais,* Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 209.

[46] Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 267. A terminologia adotada pelo ilustre catedrático (a despeito da correta explanação de seu significado) de Coimbra não traduz com precisão a idéia de proteção insuficiente (já que o defeito poderia der diverso, além do que é possível afirmar que defeito também ocorrer na incorreta aplicação do princípio da proibição de excesso) e a noção de que se cuida de categoria contraposta à proibição de excesso.

no que diz com a proporcionalidade como proibição de excesso – da concepção de uma reserva legal para o de uma reserva da lei proporcional[47]), e os limites impostos pelo sistema constitucional aos órgãos jurisdicionais também nesta seara resulta evidente, mas convém ser permanentemente lembrado. Da mesma forma, verifica-se a existência de substancial convergência quanto à circunstância de que diferenciada a vinculação dos diversos órgãos estatais (legislador, administração e judiciário) ao princípio da proporcionalidade, já que o legislador dispõe de um espaço de conformação mais amplo e, portanto, dispõe de uma maior (mas jamais absoluta e incontrolável) liberdade de ação do que àquela atribuída ao administrador e os órgãos jurisdicionais[48]. Da mesma forma, diversa a intensidade da vinculação em se cuidando de uma aplicação da proibição de excesso ou de insuficiência, que, especialmente quando em causa uma omissão, obedece a parâmetros menos rigorosos, mas, de qualquer modo e em todo caso, não permite (e importa que tal seja suficientemente sublinhado) que se fique aquém de um mínimo de proteção constitucionalmente exigido.

Tendo em mente os desenvolvimentos posteriores, quando discutiremos a questão à luz do problema da prisão provisória, há que relembrar a circunstância – já amplamente difundida entre nós e, portanto, também aqui apenas sumariamente referida – de que na sua aplicação como critério material para a aferição da legitimidade constitucional de medidas restritivas de direitos fundamentais, o princípio (ou postulado, se assim preferirmos) da proporcionalidade (na sua função precípua como proibição de excesso) desdobra-se em três elementos (no que parece existir elevado grau de consenso, ainda que subsistam controvérsias no tocante a aspectos pontuais), notadamente, a) as exigências (ou subprincípios constitutivos, como propõe Gomes Canotilho) da adequação ou conformidade, no sentido de um controle da viabilidade (isto é, da idoneidade técnica) de alcançar o fim almejado por aquele (s) determinado (s) meio (s), b) da necessidade ou, em outras palavras, a exigência da opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto da restrição, para alguns designada como critério da exigibilidade, tal como prefere Gomes Canotilho) e c) a proporcionalidade em sentido estrito (que exige a manutenção de um equilíbrio (proporção e, portanto, de uma análise comparativa) entre os meios utilizados e os fins colimados, no sentido do que para muitos tem sido também chamado de razoabilidade[49] (ou justa medida, de acordo novamente com a terminologia sugerida por Gomes Canotilho) da medida restritiva, já que mesmo uma medida adequada e necessária poderá ser desproporcional[50]. Ao critério da

---

[47] Cfr. Heinrich Scholler, "O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha", *in*: *Revista Interesse Público*, nº 2, abril/junho de 1999, p. 95 e ss. Como bem demonstra o autor, a vinculação do legislador ao princípio da proporcionalidade só veio a ser reconhecida com a vigência da Lei Fundamental de 1949, em boa parte a partir da experiência com as "leis injustas" do período nacional-socialista.

[48] Cfr., entre outros, José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 266-67, assim como Heinrich Scholler, *O princípio da proporcionalidade*..., p. 97 e ss., que, além de citar uma série de exemplos elucidativos, bem destaca – entre outros aspectos dignos de nota - que ao legislador é concedida uma margem maior de arbítrio para tomar medidas restritivas de direitos, inclusive para fazer frente a situações de risco meramente potenciais e hipotéticas, ao passo que a administração costuma zelar apenas pela prevenção de ameaças e repressão de violações concretas a bens fundamentais.

[49] Importa registrar, neste ponto, a discussão doutrinária a respeito da fungibilidade dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, especialmente a existência de fortes posições que, também entre nós, sustentam a ausência de identidade entre ambos, notadamente quanto ao fato de que o princípio da proporcionalidade tal como desenvolvido dogmaticamente na Alemanha (embora também lá não de modo completamente uniforme e incontroverso quanto a uma série de aspectos) não equivale pura e simplesmente à razoabilidade dos americanos (como, por exemplo, chega a sugerir Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade*..., p. 57, e que possui, portanto, um sentido e conteúdo distintos (pelo menos parcialmente, considerando especialmente as noções de proporcionalidade em sentido amplo e em sentido estrito dos alemães. A respeito deste ponto, remetemos especialmente aos estudos de Wilson Antônio Steinmetz, *Colisão de direitos*..., p. 173 e ss., e, mais recentemente, Luís Virgílio Afonso da Silva, *Do proporcional e do razoável*, p. 27 e ss.

[50] A respeito destes três critérios e sua aplicação, v., dentre tantos, Heinrich Scholler, *O Princípio da proporcionalidade*..., p. 97 e ss. e José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 264-65; Entre nós, v., entre outros, também neste sentido (pelo menos em linhas gerais e no que diz com a adoção deste exame da proporcionalidade em três níveis, consoante o paradigma germânico) as já clássicas contribuições de Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 360 e ss., Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 1996 , Willis Santiago Guerra Filho, "Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade", in:, Willis Santiago Guerra Filho (Coord), *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 25 e ss., (o autor possui outros estudos importantes sobre o tema) Gilmar Ferreira Mendes, *Os direitos individuais e sua limitações*..., p. 246 e ss., Wilson Antônio Steinmetz, *Colisão de direitos e princípio da proporcionalidade*, p. 137 e ss., e, por último, Humberto Bergmann Ávila, *Teoria dos Princípios*, p. 108 e ss.

proporcionalidade em sentido estrito, contudo, há quem tenha (inclusive com base na prática jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha) atribuído significado mais teórico do que prático, sustentando que, de modo geral, é no plano do exame da necessidade (exigibilidade) da medida restritiva que se situa, de fato, a maior parte dos problemas e, neste sentido, o teste decisivo da constitucionalidade da restrição[51], aspecto que aqui não pretendemos desenvolver e que reclama uma digressão calcada na análise sistemática da jurisprudência constitucional. Por outro lado – e isto convém seja frisado – resta evidente o papel central da idéia de necessidade como elemento legitimador da intervenção estatal, o que, em se tratando justamente da esfera jurídico-penal, assume ainda maior relevância, como ainda teremos condições de avaliar.

Já no que diz com a proibição de insuficiência, verifica-se a ausência (pelo menos ainda) de uma elaboração dogmática tão sofisticada e desenvolvida quanto a registrada no âmbito do princípio da proporcionalidade compreendido como proibição de excesso, o que encontra sua explicação tanto no caráter mais recente da utilização – especialmente no plano jurisprudencial – da noção de proibição de insuficiência[52] (que, em termos gerais e evidentemente simplistas, pode ser encarada como um desdobramento da idéia de proporcionalidade tomada em sentido amplo), quanto pelas resistências encontradas em sede doutrinária, já que ainda elevado o grau de ceticismo em relação à construção teórica da vedação de insuficiência[53]. De modo especial, argumenta-se que existe uma substancial congruência (pelo menos no tocante aos resultados) entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência, notadamente pelo fato de que esta se encontra abrangida pela proibição de excesso, no sentido de que aquilo que corresponde ao máximo exigível em termos de aplicação do critério da necessidade no plano da proibição de excesso, equivale ao mínimo exigível reclamado pela proibição de insuficiência.[54]

Insistindo na autonomia dogmática da categoria da proibição de insuficiência, umbilicalmente vinculada à função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (deveres de proteção), Canaris sustenta que – a despeito de uma possível (mas não necessária) equivalência no campo dos resultados – não incidem exatamente os mesmos argumentos que são utilizados no âmbito da proibição de excesso, na sua aplicação em relação aos direitos fundamentais na sua função defensiva (como proibições de intervenção), já que em causa estão situações completamente distintas: na esfera de uma proibição de intervenção está a se controlar a legitimidade constitucional de uma intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental, ao passo que no campo dos imperativos de tutela cuida-se de uma omissão por parte do Estado em assegurar a proteção de um bem fundamental ou mesmo de uma atuação insuficiente para assegurar de modo minimamente eficaz esta proteção[55].

Outro argumento colacionado por Canaris em prol de uma diferenciação não meramente cosmética entre as categorias da proibição de excesso e de insuficiência, reside na circunstância de que diversa a intensidade de vinculação do poder público aos respectivos parâmetros, até mesmo por força da diversa vinculação à função defensiva e prestacional dos direitos

---

[51] Cfr. Heinrich Scholler, *O princípio da proporcionalidade*…, p. 101-2.

[52] Cfr. Johannes Dietlein,"Das Untermassverbot", in: *Zeitschrift für Gesetzgebung* (ZG), 1995, p. 132-33, apontando que, a despeito de se tratar de um conceito tão aberto e indeterminado quanto o da proibição de excesso (no que não se registram maiores diferenças entre ambas as noções), a proibição de excesso está longe de encontrar o mesmo grau de concretização e desenvolvimento que a alcançada pela proibição de excesso ou proporcionalidade no sentido tradicionalmente utilizado.

[53] Neste sentido, v. o próprio Johannes Dietlein, in: *ZG* 1995, p. 133 e ss., assim como Karl Eberhard Hain, "Das Untermassverbot in der Kontroverse", in: *Zeitschrift für Gesetzgebung* (ZG), 1996, p. 75 e ss.

[54] Cfr. a forte e original crítica de Eberhard Hain, "Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermass-und Untermassverbot?", in: *DVBL (Deutsches Verwaltungsblatt)* 1973, p. 982 e ss, aqui apresentada de modo resumido.

[55] Cfr. Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, p. 39 e ss.

fundamentais, considerando que é esta última que diz com os deveres de proteção, de tal sorte que no âmbito da proibição de insuficiência é assegurada uma margem significativamente maior aos órgãos estatais, de modo especial ao legislador, a quem incumbe, em primeira linha, eleger e definir as medidas protetivas[56]. Neste sentido, segue decidindo também o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, ao afirmar que o legislador (e mesmo o poder regulamentar) dispõe de uma expressiva margem de manobra no que diz com a concretização do dever de proteção, o que inclui a possibilidade de levar em conta interesses públicos e privados concorrentes, já que o dever constitucional de proteção não impõe a adoção de todas as possíveis e imagináveis medidas de proteção, na medida em que uma violação do dever de proteção pode ser reconhecida quando nenhuma medida concreta e adequada é tomada ou as medidas forem inteiramente inadequadas ou ineficazes[57].

Também Johannes Dietlein, um dos principais teóricos dos deveres de proteção na Alemanha, acaba por rechaçar o argumento da substancial equivalência (que sugere substituir por uma congruência parcial) entre proibição de excesso e insuficiência, ao demonstrar que, no âmbito da primeira, o requisito da necessidade constitui uma grandeza vinculada a uma determinada e concreta medida legislativa, de tal sorte que o seu controle limita-se ao âmbito interno da lei, ao passo que o exame da necessidade é levado a efeito em se tratando de um dever de proteção estatal (e, portanto, da incidência da proibição de insuficiência) diz com uma grandeza que transcende o ato legislativo concreto e é baseada diretamente em um valor de natureza constitucional[58].

A partir das premissas lançadas, verifica-se que no concernente à metódica de aplicação da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente (ou deficiente, como preferem outros) utiliza-se, em termos gerais, a mesma análise trifásica (em três níveis ou etapas) – já de todos conhecida – aplicada no âmbito da proibição de excesso, guardadas, é claro, as peculiaridades que decorrem da finalidade do exame do devido cumprimento dos deveres de proteção. Com efeito, valendo-nos aqui das lições de Christian Calliess[59] (que também sustenta uma distinção dogmática e funcional entre proibição de excesso e insuficiência) uma vez determinada a existência de um dever de proteção e o seu respectivo objeto, o que constitui um pressuposto de toda a análise posterior, é possível descrever as três etapas da seguinte maneira: a) no que diz com o exame da adequação ou idoneidade, é necessário verificar se a (s) medida (s) – e a própria concepção de proteção – adotada (s) ou mesmo prevista (s) para a tutela do direito fundamental é (são) apta (s) a proteger de modo eficaz o bem protegido; b) em sendo afirmativa a primeira resposta, cuida-se de averiguar se existe uma concepção de segurança (proteção) mais eficaz, sem que com isso se esteja a intervir de modo mais rigoroso em bens fundamentais de terceiros ou interesses da coletividade? Em

[56] Cfr. Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, p. 43 e ss., argumentando que a proteção acaba, em regra, ocorrendo por intermédio da legislação ordinária, que por sua vez será passível de controle pelo Poder Judiciário quando presentes os pressupostos mínimos para tanto, especialmente a existência de um dever constitucional de ação e sua manifesta inobservância, além dos demais aspectos já referidos anteriormente quando discorremos sobre os deveres de proteção em geral (v. supra, 2.1)..

[57] Cfr. decisão do Tribunal Constitucional Federal do dia 28.02.2002, in: *DÖV (Die öffentliche Verwaltung)* 2002, p. 521.

[58] Cfr. Johannes Dietlein, in: ZG 1995, p, 136-7. Para Dietlein, a autonomia das duas categorias pode ser demonstrada plasticamente com base na problemática do aborto, já que se o legislador formulasse um regramento exigindo das mulheres com intenção de abortar a aquisição e leitura de um informativo a respeito da vida intrauterina, tal exigência dificilmente poderia ser considerada uma violação da proibição de excesso, por intervenção na esfera de liberdade da mulher, já que justificada pela finalidade legítima da intervenção, pela adequação da medida e sua exigibilidade. Em contrapartida, resulta igualmente evidente que o dever de proteção do estado em relação à vida intrauterina de longe não resta implementado pela simples exigência da aquisição de um boletim informativo. Entre nós, além do nosso próprio trabalho anterior já referido, também Luciano Feldens, *A Constituição Penal*..., p. 108 e ss., aderiu ao entendimento de que proibição de excesso e proibição de insuficiência não são categorias idênticas em toda sua extensão, além de propor algumas interessantes conclusões relativas ao sistema constitucional penal brasileiro, que, no entanto, não é nosso propósito examinar neste momento.

[59] Cf. Christian Calliess, "Die grundrechliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis", in: *Juristen Zeitung* (doravante JZ) 2006, p. 329.

outras palavras, existem meios de proteção mais eficientes, mas pelo menos tão pouco interventivos em bens de terceiros? Ainda neste contexto, anota o autor referido, que se torna possível controlar medidas isoladas no âmbito de uma concepção mais abrangente de proteção, por exemplo, quando esta envolve uma política pública ou um conjunto de políticas públicas; c) afirmativa a resposta anterior, já no âmbito da terceira etapa (que corresponde ao exame da proporcionalidade em sentido estrito ou razoabilidade, como preferem alguns) é preciso investigar se o impacto das ameaças e riscos remanescentes após a efetivação das medidas de proteção é de ser tolerado em face de uma ponderação com a necessidade de preservar outros direitos e bens fundamentais pessoais ou coletivos. É justamente aqui, aliás, que, segundo o autor, verifica-se a confluência entre as proibições de excesso e de insuficiência, já que no âmbito das duas primeiras etapas é necessário efetuar o controle considerando as peculiaridades de cada instituto (embora as etapas em si, adequação ou idoneidade e necessidade ou exigibilidade sejam as mesmas), ao passo que na terceira etapa é que, no quadro de uma argumentação e de uma relação jurídica multipolar, é necessário proceder a uma ponderação que leve em conta o quadro global, ou seja, tanto as exigências do dever de proteção, quanto os níveis de intervenção em direitos de defesa de terceiros ou outros interesses coletivos (sociais). Ainda segundo o autor referido, isto acaba por significar a existência de uma espécie de corredor a delimitar a liberdade de ação do legislador e demais órgãos estatais, resultando em complexa operação à luz das circunstâncias de cada caso.

Em suma, o controle argumentativo do atendimento das exigências da proibição de excesso e de insuficiência não pode ser feito de modo completamente isolado um do outro, especialmente quando se cuida do controle da aplicação de deveres de proteção, pois neste caso sempre haverá potencial afetação de bens de terceiros, o que, em matéria penal, resulta ainda mais evidente, visto que qualquer criação de tipo penal, agravamento de pena, etc., sempre estará significando intervenção na dimensão defensiva de direitos pessoais. Na realidade, o que haverá de ocorrer é uma espécie de "concordância prática multipolar orientada pela otimização recíproca de todos os bens jurídicos envolvidos na relação multipolar de direito constitucional, com vistas à maximização de sua eficácia"[60]. De forma mais simplificada, mas não menos correta, haverá de se ter presente sempre a noção, entre nós enfaticamente advogada por Juarez Freitas, que "o princípio da proporcionalidade quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução de seus objetivos. Exageros para mais ou para menos configuram irretorquíveis violações ao princípio[61]. Que o adequado manejo das premissas enunciadas lança não poucos e espinhosos desafios ao intérprete e o quanto a problemática do equilíbrio entre excesso e insuficiência afeta o âmbito do direito penal quase que dispensa comentários, mas nem por isso dispensa uma intensa e abrangente discussão e uma permanente concretização à luz dos inúmeros problemas práticos a serem solvidos. No próximo segmento tentaremos explorar um pouco mais algumas das questões já referidas, à luz dos exemplos da prisão provisória e da progressão de regime durante a execução da pena, tendo sempre em mente a idéia motriz de que proporcionalidade e Estado democrático de Direito são grandezas indissociáveis, complementares e reciprocamente determinantes, mas não necessariamente imunes a tensões na sua convivência e, portanto, reclamam uma correta aplicação à luz das circunstâncias do caso concreto.

---

[60] Cf. novamente Christian Calliess, in: JZ 2006, p. 330.

[61] Cfr. Juarez Freitas. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 56-57, colacionando exemplos na esfera de atuação do administrador.

4. Algumas reflexões sobre a possível aplicação da proibição de excesso e da proibição de insuficiência em matéria penal à luz de alguns exemplos

Dentre os inúmeros exemplos que poderia ser colacionados para discutir algumas das questões vinculadas à aplicação da proporcionalidade na sua dupla dimensão como proibição de excesso e proibição de insuficiência, segue ocupando um lugar de destaque, a despeito da nova orientação jurisprudencial e legal, o problema da prisão provisória e da progressão de regime durante a execução da pena em casos de crimes considerados pela lei como hediondos (Lei 8.072/1990), que, na sua versão original, já parcialmente alterada por lei posterior, vedava tanto a concessão de liberdade provisória quanto a progressão de regime da pena durante a execução, prevendo apenas a hipótese de livramento condicional, embora mais rigorosos os pressupostos para a sua concessão em relação aos pressupostos vigentes para os demais tipos de delitos. No que diz com ambas as situações (liberdade provisória e progressão de regime) sempre nos filiamos ao entendimento, de há muito sustentado por boa parte da doutrina e até mesmo por parte de alguns segmentos da jurisprudência, que vislumbrava nas hipóteses referidas uma violação flagrante das garantias fundamentais da individualização da pena, da progressão de regime, da presunção de inocência e, em primeira linha, da proporcionalidade, neste caso, vislumbrada na sua acepção como proibição de excesso. Após anos de resistência por parte dos componentes do Supremo Tribunal Federal, pelo menos no que diz com a vedação da progressão de regime, acabou finalmente, ainda que em decisão proferida em sede de controle concreto e difuso de constitucionalidade, consagrada expressamente a tese da inconstitucionalidade da sua vedação pela Lei 8.072/90[62].

Sem que se pretenda aqui historiar toda a evolução doutrinária e jurisprudencial, nem mesmo adentrar todos os principais argumentos esgrimidos em prol de uma ou outra posição, o que se percebe, com alguma boa vontade e bom sendo, é que a tese da inconstitucionalidade (especialmente no que diz com e vedação absoluta da liberdade provisória e da progressão de regime, mas ainda mais no caso da liberdade provisória) é de fato a mais condizente com o nosso sistema constitucional. Com efeito, com relação à primeira hipótese, a da prisão provisória, bastaria o argumento do sacrifício (pelo simples fato de pesar contra determinada pessoa uma acusação de ter praticado crime tido como hediondo) da presunção de inocência e a impossibilidade de uma ponderação calcada no caso concreto[63]. Já no caso da progressão de regime, cuida-se de exigência constitucional inarredável (até mesmo como corolário da própria proporcionalidade) e que não poderia ser completamente ignorada pelo legislador, como se este não estivesse sujeito a nenhum limite posto pela Constituição neste particular[64]. Neste sentido, importa registrar que em homenagem à liberdade de conformação legislativa e até mesmo para tratar de modo distinto os crimes mais graves, não haveria problema algum (pelo contrário, uma diferenciação de tratamento seria indispensável levando em conta a necessidade também de atender as exigências da proibição de insuficiência) se a legislação desde o início tivesse

---

[62] Cf. julgamento proferido no Habeas Corpus nº 82959/SP, em 23.02.2006, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, onde, em virtude do pedido, a questão restou limitada à progressão de regime, não sendo apreciada a possibilidade de concessão da liberdade provisória na hipótese de crime considerado "hediondo", nos termos da Lei Federal nº 8072/90.

[63] A respeito do tema da prisão provisória e da inconstitucionalidade da vedação da liberdade provisória nos casos dos assim chamados crimes hediondos, v. a pioneira contribuição de Odone Sanguiné, "Inconstitucionalidade da Proibição de Liberdade Provisória do Inciso II do Artigo 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990", in: *Revista dos Tribunais*, nº 667, pp. 252-58, maio de 1991. Dentre a produção monográfica nacional, remetemos aqui ao excelente texto de Norberto Flach, *Prisão Processual Penal: discussão à luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da segurança jurídica*, Rio de Janeiro: Forense, 2000;

[64] Cfr. já reconhecido, de modo irreparável, pelo TJRS, colacionando-se aqui o Acórdão prolatado no Agravo nº 698 287 661 (Cruz Alta), pela 5ª Câmara Criminal, tendo como Relator o Des. Amilton Bueno de Carvalho, na linha do que já tem decidido, em alguns casos, o nosso Superior Tribunal de Justiça.

estabelecido uma progressão diferenciada para os crimes assim chamados de hediondos, mas jamais a ausência de progressão, com a liberação apenas por ocasião de um livramento condicional, este sim, corretamente viabilizado pela legislação referida, ainda que em momento diverso e com maior rigor. Aliás, tal providência seria também compatível com o princípio isonômico, com o qual a proporcionalidade guarda indissociável vínculo. O que sempre deveria ter sido levado em conta é que a vedação pura e simples da progressão (pela exigência de cumprimento da pena em regime fechado até o livramento, que, de resto, pode ser negado) é manifestamente incompatível com o sentido mínimo da noção de proporcionalidade, o que lamentavelmente não tem, ainda, sido reconhecido por boa parte dos nossos Tribunais[65].

Seguindo a nossa análise em relação à progressão de regime, sobreveio alteração legislativa relevante, designadamente, pelo fato de que por meio da Lei n° 11.464, de 28.03.2007, que, modificando a Lei 8.072, de 25.07.90, estabeleceu que embora possível a progressão de regime em caso de crimes definidos como hediondos, imprescindível o cumprimento de 2/5 da pena se o apenado for primário e 3/5 se for reincidente. Assim, se a nova legislação acabou corrigindo a lei anterior no que vedava a progressão e ao mesmo tempo, em consonância com o tratamento diferenciado de situações mais graves (pelo menos em princípio) e com as exigências decorrentes dos deveres de proteção e da correspondente proibição de insuficiência, quanto a este ponto haveria de ser respeitada a nova opção legislativa e a liberdade de conformação do legislador, o que, todavia, não significa a ausência de aspectos passíveis de discussão, por exemplo, se incluirmos na pauta a controvérsia em torno da inconstitucionalidade do instituto da reincidência ou, pelo menos (precisamente a tese por nós adotada no artigo anterior já referido), a inconstitucionalidade da aplicação de certas conseqüências da reincidência em certas hipóteses. Da mesma forma, aberta a discussão sobre a aplicação dos novos limites temporais aos fatos cometidos antes da vigência da lei, aspecto sobre o qual também deixaremos de nos manifestar nesta oportunidade[66].

Priorizando os institutos da proibição de excesso e de insuficiência, verifica-se que o próprio Supremo Tribunal Federal, quando decidiu pela inconstitucionalidade da vedação categórica da progressão de regime, sempre afirmou que o implemento do prazo previsto na Lei de Execuções Penais (aplicável também aos crimes hediondos, em face da ausência – hoje suprida – de regulação específica para tais delitos) não gera para o Magistrado o dever de conceder a progressão, visto que não apenas podem como devem (!) ser considerados outros critérios, como, por exemplo, a exigência de laudo técnico apto a balizar uma decisão judicial a partir de critérios de ordem subjetiva, que não podem ser substituídos por simples atestado de conduta do administrador. Aliás, precisamente por tal razão é que já houve quem sustentasse (com razão, no nosso sentir) a substancial inconstitucionalidade da supressão da exigência de laudo técnico (exame criminológico) pela Lei n° 10.792/03 para fins de concessão de benefícios (especialmente a progressão de regime e livramento condicional), pois a não-exigência do laudo – ainda mais se generalizada – poderia significar uma violação das exigências da proibição de insuficiência[67] e a possibilidade (e é no fundo isto o que a proporcionalidade na sua dupla dimensão exige) de ponderação das circunstâncias do caso concreto para obtenção do resultado mais justo e coerente com o sistema jurídico-constitucional.

---

[65] Sobre este ponto, e, de modo geral, abordando várias questões polêmicas no âmbito da execução penal e do seu controle de constitucionalidade, v., por exemplo, a importante coletânea organizada por Salo de Carvalho, *Crítica à Execução Penal. Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos*, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

[66] Sobre este ponto, v., por exemplo, as ponderações de Nereu José Giacomolli, "Processo de Execução Penal e a Irretroatividade da Lei n° 11.464/07: requisitos temporais à progressão de regime nos "hediondos", in: *Revista da AJURIS* n° 106, julho de 2007, p. 157-165.

[67] Cf., por exemplo, na esteira da tese sustentada por Lenio Streck (que chegou, na condição de Procurador de Justiça, a propor incidente de inconstitucionalidade no TJRS), a doutrina de Luciano Feldens, *A Constituição Penal*..., p. 202-203.

Situação completamente distinta e que se revela bem mais controversa, diz com a possibilidade de o Poder Judiciário, uma vez reconhecida a inconstitucionalidade da proibição da progressão de regime, estabelecer mediante sentença, ou mesmo mediante portaria ou provimento de Corregedoria-Geral de Justiça, limites temporais à revelia do legislador, atuando como se legislador fosse e justificando tal providência com base nas exigências da proibição de insuficiência. Refere-se tal hipótese por ser precisamente esta a medida adotada por vários Magistrados do Rio Grande do Sul, que, embora não se questione a sua intenção de, em homenagem à proibição de insuficiência e para assegurar um tratamento isonômico a todos os detentos, em boa parte passaram a estabelecer um prazo de 1/3 para o exame da progressão de regime nas hipóteses de crimes hediondos. Neste particular, seguimos entendendo que a prerrogativa de dispor de modo geral e abstrato sobre tais limites temporais, ainda mais que implicam maior ou menor restrição da liberdade e, portanto, limitação de direitos fundamentais, é, em princípio, do legislador, de tal sorte que ao Juiz, igualmente vinculado pelos deveres de proteção, cabe declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato administrativo, quando for o caso, proceder à sua interpretação conforme a Constituição ou ajuste interpretativo, quando possível, ou, como era o caso exatamente enquanto não alterada a legislação (que, por óbvio e como já referido, não dispensa exame mais acurado) e segue sendo mesmo agora, verificar se a despeito de atingido o lapso temporal mínimo (na época de 1/6), as circunstâncias do caso concreto (natureza do delito, requisitos subjetivos, entre outros) é que poderiam motivar uma negativa da progressão. Vale recordar que a consideração de critérios subjetivos também constitui exigência do tratamento individualizado e personalizado do próprio apenado, assim como a consideração dos interesses e bens fundamentais de terceiros, não poderá ser tida como uma violação da segurança jurídica e muito menos do princípio isonômico, que justamente exige a consideração da diferença. De outra parte, cuidando-se de uma limitação ao legislador e dadas as diferenças entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência, no âmbito desta, ainda mais quando o problema for a omissão de medida legal, a intervenção judicial (embora necessária) deverá ser em princípio mais contida do que quando se cuida de controlar medidas estatais que intervém no âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Aliás, esta – convém lembrar – tem sido a tendência da doutrina, mesmo dentre os que sustentam a necessidade de uma aplicação da proibição de insuficiência, a exortação é a de uma maior dose de cautela por parte do Poder Judiciário, respeitando, em princípio, uma margem de ponderação própria do Poder Legislativo, especialmente quando em causa a opção pelos meios de assegurar a proteção de direitos (e bens) fundamentais[68].

Importa notar que se no Estado Democrático de Direito não há como afastar a aplicação da proporcionalidade, em virtude na necessária compatibilização de bens e interesses, e por conta da superação da estrita legalidade formal (a lei que fere as exigências da proporcionalidade e da razoabilidade é, para além de inconstitucional, injusta), também não há como transformar a proporcionalidade (assim como os princípios em geral) em pautas decisórias arbitrárias e que possam justificar qualquer solução. A proporcionalidade, na sua dupla acepção, legitima-se pelo rigor metodológico e argumentativo, traduzido pelo dever de fundamentação, na sua aplicação concreta e ao mesmo tempo não afasta a consideração de outros critérios materiais a balizar uma decisão sobre a legitimidade constitucional de alguma ação estatal.

Ainda com relação às proibições de excesso e de insuficiência, agora, voltando-nos novamente ao exemplo da prisão provisória, vale enfatizar que a gravidade em si do delito,

---

[68] Neste sentido, por todos, além das referências já feitas no capítulo 3, v. Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los Derechos*..., p. 141-143.

vinculada também sempre ao peso do bem jurídico tutelado, não poderia, por exemplo, legitimar por si só, mesmo por conta de uma aplicação da proibição de insuficiência, uma proibição generalizada da liberdade provisória, pois tal medida (ainda que tecnicamente apta a evitar a prática delitiva pelo acusado) além de impedir a consideração das peculiaridades do caso e com isto de plano eliminar um espaço necessário de ponderação, implica, como já sustentado, violação do núcleo essencial da presunção de inocência e da prevalência, especialmente nesta fase, do princípio da liberdade, blindadas por conta da proibição de excesso. Tudo isso apenas reforça a necessidade de termos sempre presente a dupla face da proporcionalidade e de levarmos a sério a tarefa de, entre proibição de excesso e proibição de insuficiência, buscando a máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais como direitos a prestações e direitos de defesa, não havendo como endossar a mera funcionalização de direitos fundamentais individuais em favor de interesses coletivos.

Em matéria penal, salta aos olhos a necessidade de retomarmos aqui a noção de que entre o extremo do abolicionismo desenfreado (que, aliás, não integra a pauta genuinamente garantista[69]) ou mesmo um minimalismo unilateral e cego, que não faz jus a um sistema de garantias negativas e positivas tal qual exige o Estado Democrático de Direito comprometido com os direitos fundamentais de todas as dimensões, e um sistema de intervenção máxima na esfera penal, há que relembrar constantemente que também o Estado Democrático de Direito (e, portanto, o sistema jurídico estatal) haverá de atuar nos limites do necessário à consecução dos seus fins primordiais[70], dentre os quais assume destaque a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana[71] de todos os integrantes da comunidade.

[69] Cfr. bem lembra Salo de Carvalho, "Teoria Agnóstica da Pena: O Modelo Garantista de Limitação do Poder Punitivo", in: Salo de Carvalho, (Org*), Crítica à Execução Penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 17 e ss., criticando enfaticamente o modelo abolicionista. Também colacionando algumas críticas em relação ao abolicionismo, v. ainda e entre tantos, Paulo de Souza Queiroz, *Do caráter subsidiário do direito penal,* 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2002, especialmente p. 49 e ss.

[70] Adotando a idéia de um Estado essencial, nem mínimo nem máximo, mas necessário à realização dos seus fins ancorados na Constituição, v. Juarez Freitas, *Estudos de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 31 e ss.

[71] A respeito da dignidade da pessoa humana, remetemos ao nosso *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

A imprescritibilidade dos Crimes Internacionais

Ana Flávia Velloso*

1. Introdução

Dispõe o artigo 29 do Estatuto de Roma, do Tribunal Penal Internacional, que os crimes de competência dessa jurisdição não prescrevem. Sob a ótica das ordens jurídicas da common law, na qual o princípio da prescrição é pouco ou nada conhecido, essa norma não inova. Nos países de tradição romano-germânica, entretanto, a imprescritibilidade excepciona a regra genérica da prescrição penal e desafia seus fundamentos filosóficos, estes associados à própria justificação do direito de punir que tem o Estado.

Para diversos publicistas o mencionado artigo não passa da codificação de regra costumeira preexistente em direito penal internacional. Este estudo pretende, num primeiro momento, compreender a trajetória dessa regra até os dias atuais, examinando a cronologia e os fundamentos do princípio emergente e discutindo a realidade e a amplitude desse costume.

No passo seguinte questiona-se a extensão do vínculo obrigacional do artigo 29 do Estatuto de Roma. Cuida-se de saber se os Estados que se obrigaram por esse tratado internacional comprometeram-se, com isso, a adotar o princípio da imprescritibilidade no âmbito de seus ordenamentos internos; e se, consequentemente, a não-internalização da regra abre espaço ao exercício da competência complementar do Tribunal Penal Internacional, nos termos dos artigos 1º e 17 do Estatuto. Tal como redigido, o artigo 29 abre-se a duas interpretações. No primeiro entendimento, a obrigação consiste em fazer com que tais crimes sejam imprescritíveis no âmbito das ordens jurídicas nacionais dos Estados pactuantes. O segundo entendimento possível é o de que os crimes que relevam da competência do TPI são imprescritíveis perante a jurisdição dessa corte internacional, e não mais que isto.

O aparelho repressivo internacional começa a operar, concretizando um sonho comum da humanidade. São muitos, entretanto, os percalços que enfrenta essa justiça, diante de ambigüidades e insuficiências de variada natureza. O presente estudo tenciona integrar um salutar e necessário debate sobre princípios e uma análise crítica da autenticidade do empenho dos Estados em participar deste projeto.

2. Cronologia do princípio

A idéia de jurisdição internacional aparece de forma embrionária no Tratado de Versalhes, de 26 de junho de 1919, que cogitou do julgamento do Kaiser Guilherme II por um juízo militar das potências aliadas, "por motivos inspirados nos princípios mais elevados da política entre as nações, com a preocupação de assegurar o respeito às obrigações solenes e aos compromissos internacionais, assim como à moral internacional"[1]. Esse tópico do texto de Versalhes não chegou a ser operacional, nem tem maior conteúdo científico, faltando nele qualquer referência à prescrição da ação ou da pena.

Terminada a segunda grande guerra e instalados os tribunais especiais de Nuremberg e de Tóquio, o tema da prescrição dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade não parecia

* Mestre pela Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne) e professora do Uniceub.

1 P. MERTENS, *L'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité. Bruxelles*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1974, p. 201.

uma prioridade, tanto à luz do novo Direito das Gentes que nascia, quanto para os direitos nacionais que se forjavam à sombra do direito internacional emergente. A Declaração de Moscou, de 30 de outubro de 1943, anunciava a perseguição dos criminosos de guerra "até as extremidades da terra", e a lei n 10 do Conselho de Controle Aliado, de 20 de dezembro de 1945, afirmava imprescritíveis os crimes contra a humanidade"[2]. Mas nem o Estatuto de Nuremberg, anexado ao Acordo de Londres de 1945, nem a Convenção sobre o Genocídio, de 1948, chegaram a prevê-la expressamente. Tampouco trataram do tema as Convenções de Genebra sobre o Direito Humanitário aplicável aos Conflitos Armados (1949), ou os princípios de Nuremberg adotados pela Comissão do Direito Internacional das Nações Unidas, em 1950. Tudo faz crer que essa omissão resultou da certeza de que os criminosos de guerra seriam todos julgados e punidos em curto prazo[3].

Acredita-se hoje que o problema escapou à atenção dos juristas responsáveis pelos textos da época em razão das múltiplas dificuldades inerentes ao período que se seguiu de imediato à grande guerra[4]. Há quem, entretanto, afine a análise para ressaltar que os especialistas "encarregados de assentar os fundamentos de um direito penal internacional eram majoritariamente marcados pelo direito anglo-americano", que somente consagra a prescrição em raras hipóteses[5].

a) O Colóquio de Varsóvia e as leis nacionais

Vinte anos se passaram até que a questão do castigo das atrocidades da grande guerra fosse relançada na ordem do dia; um lapso de tempo atribuído com freqüência à rejeição psicológica dos dramas por suas vítimas mais diretas. Mas se aqueles que sofreram na carne com as práticas nazistas mergulhavam no traumatismo silencioso, seus descendentes procuravam, duas décadas mais tarde, o acerto de contas, a punição dos culpados[6]. A aproximação do prazo médio de vinte anos para a prescrição dos crimes cometidos durante aquela guerra desencadeou, na expressão utilizada por René Cassin, uma verdadeira "corrida contra o tempo" para evitar a impunidade dos nazistas.[7]

Em junho de 1964 a República Federal da Alemanha, em vista de sua Constituição e leis, anunciou para 1965 o termo final da prescrição dos crimes de guerra cometidos até o ano de 1945. À notícia sobreveio grande mobilização na Europa. Inúmeras conferências se organizaram para debater a prescrição de tais crimes, entre as quais aquela que, por iniciativa de juristas poloneses, ocorreria em Varsóvia, de 5 a 7 de junho de 1964. O Colóquio Internacional de Varsóvia reuniu juristas vindos de todo o continente europeu: União Soviética, Polônia, Iugoslávia, Hungria, Tchecoslováquia, República Federal da Alemanha, Áustria, França, Itália, Dinamarca, Bélgica, Países Baixos[8]. Refletiu-se ali sobre o conceito da prescrição, à luz dos textos do após-guerra que formulavam os princípios do direito repressivo (a Declaração de Moscou, a Resolução de Yalta, os Acordos de Potsdam), bem como daqueles que versavam as modalidades de sua aplicação (o Acordo de Londres e o Estatuto do Tribunal Militar Internacional, a

---

2 Artigo II-5: the accused shall not be entitled to the benefits of any statute of limitation in respect to the period from 30 January 1933 to 1 July 1945.

3 M. DELMAS-MARTY. *La responsabilité pénale en échec* (*prescription, amnistie, immunités,* in A. CASSESE, M. DELMAS-MARTY (org.). *Les juridictions nationales et les crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002, pp. 613-653 ; M. FRULLI *Le droit international et les obstacles*, in *Crimes internationaux et juridictions internationales*, in A. CASSESE et M. DELMAS-MARTY (org.), Paris, PUF, 2002, pp. 236-243.

4 Ibidem

5 A. LAQUIÈZE. *Le débat de 1964 sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité* in *Droit.* Revue française de théorie juridique, 31- 2000, p.22. V. também J. GRAVEN, *op.cit.*, *apud* A. LAQUIÈZE, *op. cit.*, p. 22.

6 P. MERTENS, *op. cit.*, p. 7.

7 B. STERN. *De l'utilisation du temps en droit international pénal*, in *Le droit international et le temps, colloque de Paris*. Société française pour le droit international. Paris, Pedone, 2001, p. 261. P. MERTENS, *op. cit.*, p. 7.

8 P. MERTENS, *op. cit.*, pp. 19-20.

Resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas de 11 de dezembro de 1946, a Lei nº 10 do Conselho de Controle Aliado e a Diretiva nº 38, de 12 de outubro de 1946)[9].

Ao término dos trabalhos de Varsóvia uma resolução foi assinada em favor da imprescritibilidade dos crimes nazistas. As reflexões resultantes desse colóquio assumiram dimensões importantes na escala internacional e influenciaram tanto a doutrina quanto as legislações internas de bom número de Estados. O debate prosseguiu no interior de diversas ordens jurídicas nacionais e, finalmente, no âmbito das Nações Unidas (1968) e no do Conselho Europeu (1974)[10].

Ainda que uma orientação do Conselho Europeu só tenha sobrevindo em 1974, este último já havia assumido posição no debate: em 5 de janeiro de 1965 ele lançara proposta de recomendação relativa à prescrição dos crimes contra a humanidade, convidando "os Estados a examinarem a possibilidade de modificar suas legislações relativas à prescrição penal, a fim de que tais violações de direitos humanos não ficassem impunes no âmbito dos Estados-membros do Conselho."[11]. Diversos Estados já haviam, no entanto, estreado soluções transitórias para prolongar em seus ordenamentos jurídicos internos o prazo da prescrição, evitando assim a impunidade dos criminosos da segunda guerra mundial. Foi no leste europeu o início desse processo, que se estendeu em seguida à Europa ocidental[12].

Releva observar que Estados da área de influência soviética mostraram-se, frente ao princípio da imprescritibilidade, mais uniformes e receptivos em suas escolhas legislativas que algumas democracias da Europa ocidental. Pierre Mertens lembra que a República Democrática Alemã foi "a primeira das duas Alemanhas a optar pela imprescritibilidade, e isso num momento em que, na R.F.A., os meios mais autorizados tendiam claramente pela solução da prescrição."[13].

Na Alemanha Federal o debate foi longo em face da resistência inicial das autoridades a reconsiderar a noção de prescrição. Argumentos de natureza jurídica opostos ao princípio da imprescritibilidade e relativos à igualdade do direito e à segurança jurídica foram expostos: um ato humano não pode ser sancionado por uma pena que não seja determinada por lei antes de seu cometimento; uma violação de direito não pode ser punida mediante lei de exceção; direitos fundamentais não podem ser violados sob pretexto de se salvaguardar outros. Os alemães discutiram ainda, demoradamente, o caráter – de fundo ou de forma – da regra da prescrição, havendo a controvérsia produzido cisões profundas na doutrina e na jurisprudência. Finalmente, o texto da lei alemã soube encontrar uma fórmula temporária que evitasse a prescrição dos crimes cometidos pelos nazistas : o prazo de prescrição não foi modificado, mas unicamente a data a partir da qual a prescrição começaria a correr. A ação pública poderia ser intentada até o dia 31 de dezembro de 1969, e não só até o dia 8 de maio de 1965[14].

Mertens observou que houve quem interpretasse a resistência da Alemanha ocidental como indulgência para com os criminosos nazistas. Certo, entretanto, é que na época os países sob a influência da União Soviética, como a Polônia, a Tchecoslováquia ou a Hungria, manifestaram-se claramente pela reafirmação expressa do princípio da imprescritibilidade, enquanto países mais democráticos demonstraram prudência. Foi o caso da Bélgica, onde, em

---

9 P.MERTENS, *op.cit.,* p.21.

10 Ibiden

11 A. LAQUIÈZE, *op. cit.,* p. 23.

12 Publicaram nesta ordem suas respectivas leis internas: República Democrática Alemã, (1º de setembro de 1964), Tchecoslováquia (lei de 24 de setembro de 1964), a Hungria (decreto-lei n. 27.1964), Bélgica (lei de 3 de dezembro de 1964), França (lei de 26 de dezembro de 1964), Áustria (lei de 31 de março de 1965) e República Federal da Alemanha (lei de 13 de abril de 1965). P. MERTENS, *op.cit.*, pp. 25-83.

13 P. MERTENS, *op. cit.*, p. 26.

14 P. MERTENS, *op. cit.*, pp. 83-112.

contraste com a Europa oriental, Áustria e França, a lei propunha tão somente a prorrogação dos prazos prescricionais[15].

b) As Nações Unidas e o Conselho Europeu.

As iniciativas internas projetaram-se finalmente sobre a cena internacional. Em 1968, a Assembléia Geral das Nações Unidas adotaria em Nova Iorque a Convenção Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, que visa tanto à prescrição da ação penal pública quanto à prescrição da pena (Artigo IV)[16]. Esta convenção não foi, entretanto, ratificada por um bom número de Estados[17]. O texto foi ainda bastante criticado em meio à comunidade jurídica internacional, por sua aplicação aos crimes cometidos antes de sua entrada em vigor (Artigo I)[18], contrariando o princípio da irretroatividade da lei penal[19].

Alguns anos mais tarde o Conselho Europeu levaria a referida crítica em consideração: foi em 1974, na cidade francesa de Estrasburgo, quando elaborou a Convenção Européia sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade. Apesar desse acordo não prescrever a imprescritibilidade retroativa, só foi ratificado pelos Países Baixos e pela Romênia, o que evidencia a ausência, até então, de consenso em torno do tema. Depois das duas convenções citadas, o silêncio sobre a matéria duraria vinte anos, até ser rompido já no final do século XX.

c) A Convenção Interamericana sobre os Desaparecimentos Forçados

Foi este texto, de 9 de junho de 1994, que relançou o assunto na ordem do dia[20], excluindo expressamente a prescrição das ações e das penas. Contudo, diversamente da Declaração da Assembléia Geral das Nações Unidas de 18 de dezembro de 1992, a referida Convenção não considera o desaparecimento forçado de pessoas como um delito contínuo e – por tal razão – imprescritível, mas determina que a imprescritibilidade resulte da classificação desses delitos entre os crimes contra a humanidade[21].

d) A jurisprudência dos tribunais internacionais ad hoc.

Os estatutos dos tribunais *ad hoc* não contêm regra alguma determinando a imprescritibilidade dos crimes de sua competência. Mas a jurisprudência do TPIY revelou a percepção do tribunal

---

[15] Essa posição se traduz na exposição de motivos da referida lei, segundo a qual a aplicação do projeto de lei «*se restringe às condenações pronunciadas por fatos cometidos durante a última grande guerra, e que nenhuma imprescritibilidade absoluta é pronunciada aqui, a fim de não se prejulgar o futuro.*» M. ROLLAND. *La prescription des crimes contre l'humanité*. Revue de droit contemporain, 1964, n°2, p. 118.

[16] *Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade*, Artigo 4°: « Os Estados Membros na presente Convenção obrigam-se a adotar, em conformidade com os seus processos constitucionais, as medidas legislativas ou de outra índole que sejam necessárias para assegurar a imprescritibilidade dos crimes referidos nos artigos 1º e 2º da presente Convenção, tanto no que diz respeito ao procedimento penal como à pena; abolir-se-á a prescrição quando vigorar por força da lei ou por outro modo, nesta matéria. »

[17] Os primeiros Estados a ratificar a Convenção de 1968 e a permitir, com essa iniciativa, sua entrada em vigor foram a União Soviética e os países de seu campo de influência imediata: Bulgária, Hungria, Mongólia, Polônia, Ucrânia, Romênia, Tchecoslováquia e Iugoslávia. Até o dia de hoje, os Estados que ratificaram a referida Convenção contam 49. É interessante observar que não figura nesta lista atual nenhum Estado da Europa ocidental. (V.: http://untreaty.un.org/FRENCH/bible/frenchinternetbible/partI/chapterIV/treaty8.asp)

[18] O artigo primeiro da referida Convenção diz que os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade « são imprescritíveis, independentemente da data em que tenham sido cometidos. »

[19] Christine VAN den WYNGAERT & John DUGARD. *Non-applicability of Limitations in the Rome Statute of the International criminal Court, A Commentary*. Oxford, 2002, pp. 873-888.

[20] Preâmbulo da *Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas* (1994): « OS ESTADOS MEMBROS DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (...) **REAFIRMANDO** que a prática sistemática do desaparecimento forçado de pessoas constitui um crime de lesa-humanidade; E o Artigo VII : A ação penal decorrente do desaparecimento forçado de pessoas e a pena que for imposta judicialmente ao responsável por ela não estarão sujeitas a prescrição. No entanto, quando existir uma norma de caráter fundamental que impeça a aplicação do estipulado no parágrafo anterior, o prazo da prescrição deverá ser igual ao do delito mais grave na legislação interna do respectivo Estado Parte ».

[21] M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 621; M. FRULLI, *op. cit.*, pp. 236-240.

sobre o tema: no caso Furundzija, o acórdão afirma que "a natureza imperativa da proibição da tortura" produz a imprescritibilidade desta infração, acrescentando que os crimes de competência da Corte não são prescritíveis. Essa decisão estende o campo de aplicação da imprescritibilidade às violações graves das Convenções de Genebra de 1949, à infração das leis e costumes da guerra, ao genocídio, aos crimes contra a humanidade[22].

e) O Estatuto do Tribunal Penal Internacional

Foi enfim o Estatuto do Tribunal Penal Internacional que deu à imprescritibilidade uma consagração explícita, geral e definitiva. O artigo 29 prevê a imprescritibilidade dos crimes definidos no Estatuto de Roma, tanto da ação penal quanto das penas[23].

A prescrição jamais chegou, assim, a ser reconhecida como instituto e como princípio pelo direito penal internacional. Esta disciplina, nascida apenas algumas décadas atrás, desenvolveu-se sob o signo da imprescritibilidade, de início pela omissão de qualquer referência ao tema prescricional, e mais tarde pela adoção convencional da regra que exclui expressamente a extinção da punibilidade pelo decurso do tempo. Os textos internacionais, e com eles as leis internas e a doutrina concebidas a partir das duas décadas seguintes à segunda grande guerra, forjaram os fundamentos teóricos do princípio emergente.

3. Fundamentos da imprescritibilidade dos crimes internacionais

O preâmbulo da Convenção de 1968 justifica a imprescritibilidade dos crimes internacionais: ali se diz que a prescrição não decorre do direito penal internacional costumeiro, e que os crimes em questão são os crimes mais graves que o direito internacional define. Sublinha-se a importância da repressão efetiva dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade, além da "inquietude da opinião pública" mundial diante da prescrição dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade, resultante de regras de direito interno.

A Convenção Européia sobre a Imprescritibilidade dos Crimes contra a Humanidade e dos Crimes de Guerra (Estrasburgo, 1974) indica que a imprescritibilidade resulta da necessidade de salvaguardar a dignidade humana em tempos de guerra como em tempos de paz. Essa dignidade estaria a exigir que a repressão de tais crimes nunca encontre obstáculo na extinção, pelo decurso do tempo, do processo penal ou da execução da pena.

Doutrina, textos internacionais e debates parlamentares no âmbito das ordens jurídicas nacionais registram a evolução do princípio da imprescritibilidade dos crimes internacionais. Os argumentos que aí se desenvolvem sugerem uma releitura dos fundamentos do princípio da prescrição penal. São eles:

a) A prescrição não é um direito natural ou uma liberdade fundamental

Segundo esta corrente, a prescrição não é reconhecida por todas as ordens jurídicas. Ela é praticada em proporções bastante limitadas em países de tradição jurídica derivada da common Law[24]. A prescrição não seria desse modo uma regra geral, mas uma exceção à regra segundo a qual o crime deve ser punido. Por isso, ela não poderia ser considerada como um direito natural

---

[22] *Procurador c/ Furundzija*, 10 décembre 1998, § 157, *apud* M. FRULLI, *op. cit.*, p. 238.

[23] Artigo 29 do Estatuto de Roma para o T.P.I. : "Os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional não prescrevem."

[24] J.-B. HERZOG, *Etudes des lois concernant la prescription des crimes contre l'humanité.* R.S.C. 1965 p. 364.

ou como uma liberdade fundamental do ser humano. De resto, na maior parte das ordens jurídicas nacionais a prescrição é regra processual, e não norma substantiva. Segundo certos autores, trata-se de uma prática de oportunidade, não suscetível de constituir direito adquirido.[25]

b) A prescrição não é de direito comum.

Os crimes internacionais têm por vítima o ser humano enquanto tal, de modo que sua repressão não deveria reger-se por princípios de direito interno. O direito penal internacional não conhece a prescrição, uma vez que nenhum tratado internacional dispõe sobre a prescrição daqueles crimes.

c) O impossível esquecimento, o improvável arrependimento

Refuta-se aqui a teoria do esquecimento, fundamento clássico do instituto da prescrição penal, que consiste na idéia de que o decurso do tempo apagaria da memória coletiva certos efeitos do crime como a indignação e a insegurança sociais. O processo penal teria suprimido diversas de suas funções essenciais: a satisfação da opinião pública, a cessação do distúrbio social, a exemplaridade. A repressão se tornaria assim insignificante aos olhos da sociedade, que não mais a reclama. Mais grave ainda, conforme a teoria do esquecimento, a punição tardia teria efeito contrário, engendrando na opinião pública sentimentos de comiseração[26].

O esquecimento, segundo a doutrina da imprescritibilidade, seria, ao contrário, o terreno de repetição de certos crimes[27]. Esse raciocínio, com freqüência evocado, encontra suas raízes nos escritos de Beccaria:

"Os crimes terríveis cuja lembrança é guardada pelos homens durante muito tempo não admitem, uma vez provados, nenhuma prescrição em favor de um condenado que se tivesse subtraído ao castigo pela fuga"[28]. Ao contrário dos crimes de direito interno ordinário, as conseqüências dos crimes internacionais "não aparecem no primeiro momento, mas se desenvolvem com o tempo e não param de se ampliar."[29].

O caráter específico e grave dos crimes internacionais, enfim, neutralizaria, na esfera internacional, os fundamentos da prescrição. A teoria do esquecimento seria o primeiro pilar a ruir, uma vez que, instalados na memória coletiva, tais crimes tenderiam a se perpetuar, e a impunidade teria sobre a opinião pública efeitos muito mais nocivos que o simples castigo tardio dos criminosos[30].

d) O argumento da expiação moral repelido

Esvaziam-se também as teses subjetivistas, que exaltam a transformação da identidade do delinqüente no curso do tempo. Segundo a nova doutrina, tais delinqüentes não são capazes de deplorar seus próprios atos. "A idéia do arrependimento não existe para o genocida", sentencia Leben, evocando uma notícia publicada no jornal Le Monde, de 3 de outubro e de 25 de

---

25 J. GRAVEN. *Les crimes contre l'humanité peuvent-ils bénéficier de la prescription? Revue pénale suisse*, 1965, p. 132.

26 V. M.R. TRIPPO, *Imprescritibilidade Penal*. São Paulo, Ed. Juarez de Oliveira, 2004, p. 47: esta noção é sustentada por Vidal e Magnol, Carrara, Hélie.

27 B. STERN, *op.cit.*, p. 262.

28 C. BECCARIA. *Des délits et des peines*. Paris, Flammarion, 1991, p. 139.

29 V. JANKALEVITCH. *L'imprescriptible*. Paris, Seuil, 1986, p. 18.

30. GLASER. *Quelques observations sur la prescription en matière de criminalité de guerre, in Revue de droit pénal et de criminologie*, 1964-1965, p. 524, apud G. LEVASSEUR, *Les crimes contre l'humanité et le problème de leur prescription*. JDI, 1966, p. 277.

dezembro de 1998: durante uma entrevista, Hans Munch, médico assistente de Mengele, teria se expressado com uma "certeza tranqüila" a propósito de seus atos. Para ele, as câmaras de gás evitavam a propagação de epidemias, as experiências com seres humanos propiciaram progresso científico e a triagem à entrada do campo seria uma medida de salubridade[31].

Stefan Glaser, a seu turno, mostra-se convencido de que "os grandes criminosos demonstram com freqüência arrogância ou indiferença agressiva, e que apesar do tempo transcorrido desde o cumprimento de seus maus atos, eles não sentem nenhum remorso, nenhuma reprovação de sua consciência e até mesmo se vangloriam de seus comportamentos".[32].

e) A exemplaridade necessária

Se os autores dos crimes aqui tratados agem em circunstâncias específicas, difíceis de se reproduzirem mais tarde, e se a reincidência, nesses casos, é necessariamente pouco provável, a punibilidade exemplar produziria o desvio das ideologias criminosas. A imprescritibilidade operaria pela dissuasão de criminosos em potencial. Os crimes internacionais são cometidos muitas vezes por detentores do poder político, e a imprescritibilidade teria o objetivo, entre outros, de convencer que a punição não será jamais impraticável, mesmo num futuro distante e num cenário político distinto. São as especificidades dessas infrações que impõem maior lapso de tempo para que sejam processadas. No caso dos crimes internacionais, com freqüência cometidos, ordenados ou ao menos tolerados por agentes do Estado, o decurso do tempo agiria em favor da impunidade, salvo na hipótese de mudança política radical no cenário do crime, em curto prazo[33].

f) A prova facilitada

A doutrina da imprescritibilidade refuta a tese do desaparecimento das provas com o passar do tempo. Perante a Assembléia Nacional francesa, quando dos debates que precederam a lei sobre a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, o relator Coste-Floret exprimia sua recusa à teoria do desaparecimento de provas: "longe de desaparecer, as provas reunidas para estabelecer a existência de crimes contra a humanidade tornaram-se mais fáceis. Enquanto no momento da Liberação os processos eram às vezes complicados, devido à falta de documentos e de testemunhos, há vinte anos os arquivos foram acumulados e publicados. Obras sobre o tema foram lançadas e testemunhos recolhidos, de forma que a prova é hoje mais fácil que no momento da Liberação."[34].

Outros valores, oriundos da formulação do direito internacional dos direitos humanos, como o direito à memória, à verdade, à reparação, mais amplamente o dever de justiça e de luta contra a impunidade, a garantia da paz e da segurança coletiva colocam em cheque o princípio da prescrição e fundamentam o princípio da imprescritibilidade dos crimes internacionais[35]. Enfim, o Direito penal internacional clamaria por novas concepções. O imperativo decorreria das circunstâncias das infrações, da posição privilegiada dos delinqüentes e, sobretudo, da idéia de

---

[31] Mesa redonda tendo por tema a prescrição. *Revue française de théorie juridique*, 31- 2000, p. 63.

[32] S. GLASER. *Quelques observations sur la prescription en matière de criminalité de guerre, in Revue de droit pénal et de criminologie,* 1964-1965, p. 523, *apud* A.LAQUIÈZE, *op. cit.*, p. 27.z

[33] M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, Paris, PUF, 2002, p. 618.

[34] Relatório de Paul-Coste-Floret, JO Debate na Assembléia Nacional, sessão de 16 de dezembro de 1964, p.

[35] MARTIN-CHENUT, Kathia, ABDELGAWAD LAMBERT, Elisabeth. *Prescription de l'action publique: états des lieux: et perspectives de réforme.* Actualité Juridique, n. 7-8/2006, p..298. Tradução livre

que a vítima desses crimes seria não somente o conjunto dos indivíduos diretamente atingidos, mas a humanidade como um todo. É possível que esse esteio doutrinário tenha inspirado a aprovação da regra da imprescritibilidade no Estatuto de Roma. Afirma-se com freqüência que tal regra veio codificar um direito costumeiro existente há algum tempo. Essa assertiva é o objeto da análise que se segue.

4. Controvérsia sobre a natureza costumeira do princípio da imprescritibilidade

Uma parte limitada da doutrina considera a regra da imprescritibilidade dos crimes internacionais como integrante do direito internacional positivo, desde pelo menos a Convenção de 1968. Esta última teria efeito meramente declaratório da regra costumeira preexistente, representando apenas sua codificação. O próprio caráter costumeiro da imprescritibilidade determinara o silêncio dos textos repressivos nos anos que se seguiram à segunda grande guerra: "Os autores, convencidos desta imprescritibilidade por natureza, não teriam julgado necessário formalizá-la. Os textos posteriores não fizeram outra coisa que constatar a imprescritibilidade."[36].

Outros autores acreditam que o modesto nível de adesão à Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, de 1968, e à Convenção Européia sobre os Crimes contra a Humanidade e os Crimes de Guerra, de 1974, demonstra a falta de consistência costumeira da regra da imprescritibilidade[37]. Além do mais, a comunidade internacional desprezou diversas oportunidades de esclarecer a matéria, como quando da elaboração dos estatutos do Tribunal Penal para a ex-Iugoslávia, em 1993, e do Tribunal Internacional para Ruanda, em 1994. Não se falou no tema tampouco quando da adoção, no âmbito da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, em 1996, do Projeto de código dos crimes contra a paz e a segurança da humanidade. Essas omissões se explicariam pela ausência, à época, de uma opinio juris sobre a imprescritibilidade de todas as categorias de crimes internacionais[38].

Com a vigência do Estatuto de Roma, alguns estimam que a regra de seu artigo 29 reflete o estado do direito internacional costumeiro, ao menos em fase de consolidação, isto é, in statu nascendi. A resistência à Convenção das Nações Unidas de 1968 se explicaria pelo apreço ao princípio da não-retroatividade da lei penal. Esta preocupação, contudo, teria sido pacificada pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional, que restringe a competência da referida corte ao julgamento dos crimes cometidos após sua entrada em vigor. Já a Comissão do Direito Internacional das Nações Unidas teria suprimido o dispositivo atinente à imprescritibilidade na segunda leitura do Projeto de código de crimes contra a paz e a segurança da humanidade, com o propósito único de evitar a construção de uma regra aplicável a todos os crimes[39].

Publicistas há que estimam, ainda, que só a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e do genocídio integra o direito internacional costumeiro[40]. A prescrição dos crimes de guerra, reclamada a bom som por diversos Estados, faria obstáculo a que a imprescritibilidade do conjunto de três categorias de infrações internacionais fosse considerada como adquirida em direito internacional.

---

36 Y. JUROVICKS, *Le procès international face au temps.* Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, n. 4, oct/déc 2001, p. 795.

37 R. RATNER & J.S. ABRAMS. *Accountability for Human Rights Atrocities,* in *International Law, Beyond the Nuremberg Legacy.* Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 26.

38 M. FRULLI, *op. cit.*, p. 237.

39 Christine VAN den WYNGAERT & John DUGARD, *op. cit.*

40 William BOURDON. *La Cour pénale internationale*. Paris, Seuil, 2000, p. 125.

A leitura dos trabalhos preparatórios do Estatuto de Roma faz sentir o caráter duvidoso da idéia de que o artigo 29 codifica uma regra costumeira internacional. A maior parte das cinco propostas ali apresentadas prestigiava o princípio da prescrição: duas entre elas, a primeira e a quinta, mencionavam a prescrição e apresentavam regras relativas à sua interrupção, assim como ao diferimento do termo inicial. A terceira proposta exprimia moderações : "a corte pode declinar de sua competência se ela estima que, em razão do tempo transcorrido, o processo equânime não seria mais possível". A quarta proposta excluía os crimes de guerra da regra da imprescritibilidade. Uma única, a segunda, foi pela imprescritibilidade de todos os crimes do artigo 5º, nos termos precisos do texto finalmente aprovado[41].

A pluralidade das soluções aventadas sugere, pois, que embora os Estados-partes no Estatuto de Roma tenham chegado a um acordo sobre a regra convencional da imprescritibilidade, à época da negociação o debate, iniciado trinta anos antes, não havia sido concluído. A natureza costumeira deste princípio não se havia consolidado, mas encontrava-se ainda em processo de afirmação.

Há que atentar, ainda, para a prática dos Estados no tocante a este tema. Todo costume, em Direito, repousa sobre dois elementos, um de natureza material e outro de natureza psicológica: uma prática reiterada no tempo e uma opinio juris. O primeiro consiste aqui na repetição regular de um procedimento por parte de certo número de Estados, quando não de todos. Já o segundo diz respeito à convicção de que aquela prática corresponde ao justo, ao bom, ao necessário – e portanto obrigatório. É preciso que os dois fatores se associem para formar uma norma costumeira: esta só pode ser assim considerada quando os Estados a exercitam com regularidade, persuadidos de sua imperatividade jurídica[42].

A atuação dos Estados na cena internacional parece autorizar, hoje, a conclusão de que a imprescritibilidade se afirma como regra costumeira. Se levado em conta, no entanto, o direito interno da maioria dos países, alguma dúvida poderia ressurgir, vez que o direito penal comparado registra que poucos Estados reconhecem a imprescritibilidade de todos os crimes internacionais mencionados pelo Estatuto de Roma[43]. É comum que a imprescritibilidade, quando aqui e ali admitida, alcance infrações consideradas graves pela respectiva ordem jurídica, mas não necessariamente os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional. É perceptível, ainda, a tendência à extensão do prazo prescricional de diversas infrações penais que não aquelas cobertas pelo Estatuto[44].

O que precede faz ver que a imprescritibilidade penal é, no âmbito internacional, no mínimo uma norma costumeira em formação. No que tange à não-consolidação, no âmbito dos ordenamentos jurídicos internos, da regra prevista no artigo 29 do Estatuto de Roma, duas ambigüidades parecem emergir: convém indagar se a não-integração da regra equivaleria ao seu descumprimento e, em caso afirmativo, se os Estados faltosos poderiam ver subtraída sua jurisdição primária em favor da competência complementar do Tribunal Penal Internacional, nos termos dos artigos 1º e 17 do Estatuto da Corte.

---

41 *United Nations Diplomatic Conference Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court* (Rome, 15-17 July 1998). A/CONF.183/13/ (Vol. III, p. 32/33).

42 REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público. Curso Elementar.* São Paulo, Saraiva, 2007, 10ª ed.,pp118-121.

43 A doutrina se divide sobre a idéia de que o exame direito interno dos Estados possa conduzir à conclusão sobre o caráter costumeiro de uma determinada regra internacional ou princípio geral do direito das gentes. Paul Weis não vislumbra essa possibilidade, enquanto que Ian Brownlie recomenda, em determinadas situações, análise de legislações nacionais. A este respeito v. REZEK, Francisco, *op. cit.,* p. 123.

44 CHENUT, Kathia, ABDELGAWAD LAMBERT, Elisabeth. *Op.cit.*, p.297. Tradução livre.

5. Imprescritibilidade e complementaridade perante o tribunal penal internacional: a ambigüidade do Tratado de Roma

Os Estados que ratificaram o Estatuto de Roma comprometeram-se, ou não, a introduzir em seus sistemas penais a regra da imprescritibilidade dos crimes definidos no Estatuto? Os que não o fizeram estariam sujeitos a ver subtraída sua jurisdição primária mediante a aplicação do princípio da complementaridade do artigo 17 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional? Certos autores parecem convencidos disto[45]. A questão não tem, entretanto, resposta segura.

Segundo o artigo 29 do Estatuto do TPI, os crimes da competência do Tribunal não prescrevem. O dispositivo não precisa, contudo, a ordem jurídica perante a qual tais crimes não poderiam prescrever. A omissão, simples na aparência, suscita uma dúvida crucial. Segundo parte da doutrina, se a obrigação consiste em que tais crimes devam ser considerados imprescritíveis perante as ordens jurídicas nacionais dos Estados-partes, é possível que a omissão de determinado Estado em legiferar em tal sentido possa desencadear a competência do Tribunal Penal Internacional, no exercício da jurisdição complementar prevista e regida nos artigos 1º e 17º de seu Estatuto.

Por outro lado, se os crimes da competência do Tribunal Penal Internacional são imprescritíveis tão-só perante a jurisdição internacional, a prescrição declarada por um juízo nacional não refletiria necessariamente recusa ou incapacidade do Estado justificadoras da competência complementar do TPI.

Esta questão foi precocemente levantada no quadro dos trabalhos preparatórios do Estatuto de Roma. Durante a conferência diplomática de plenipotenciários das Nações Unidas para a criação de uma corte penal internacional (Roma, 15 de junho a 17 de julho de 1998), o grupo de trabalho sobre os princípios gerais de direito penal optou pela afirmação da imprescritibilidade. Foi, no entanto, incluída em pé de página a observação seguinte:

"Duas delegações eram de opinião que os crimes de guerra deveriam ser prescritíveis. Será preciso voltar à questão da prescrição se os crimes definidos pelos tratados forem aceitos (...). A imprescritibilidade dos crimes de competência do TPI levanta um problema no que concerne ao princípio da complementaridade. A possibilidade existe de que uma prescrição em direito interno impeça os tribunais nacionais de estatuir, passado certo tempo, enquanto que o TPI estaria sempre em condições de exercer sua competência."[46].

Os delegados não se exprimiram, em definitivo, sobre o problema levantado[47]. Concordaram unicamente com a afirmação de que os crimes de competência da Corte não prescrevem. A omissão abre a possibilidade de interpretações contraditórias. Primeira possibilidade: a regra se impõe só perante o Tribunal Penal Internacional, e a justiça do Estado-parte tem o direito de declarar prescrito um crime sem abrir espaço à competência complementar do TPI. Segunda interpretação possível: os Estados-partes estão comprometidos de forma implícita a modificar suas próprias leis para adaptá-las à regra da imprescritibilidade objetiva dos crimes definidos no Estatuto de Roma.

---

[45] M. FRULLI, *op. cit.*, p. 238; V. aussi W. A. SCHABAS. *Non-applicability of statute of limitations*. In *Commentary on the Rome statute of the International Criminal Court*. Otto Triffterer (ed.), Baden-Baden, 1999, p. 526, DELMAS-MARTY, Mireille. *La responsabilité pénale en échec: prescription, amnistie, immunités*, in *Crimes internationaux et juridictions nationales*, dir. A.Cassese et M. Delmas-Marty, Paris, PUF, maio 2002.

[46] W.A. SCHABAS, *Non-applicability of statute of limitations*, in *Commentary on the Rome statute of the International Criminal Court*. Otto Triffterer (ed.), Baden-Baden, 1999, p. 525. O grifo é nosso.

[47] Comissão diplomática de plenipotenciários das Nações Unidas para a criação de uma corte penal internacional. Comissão plenária, relatório de análise da segunda sessão ocorrida na sede da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura, terça-feira, 16 de junho de 1998, às 15 horas. (A/CONF.183/C.1/SR.2), pp. 6-9.

a) Primeira tese: os crimes internacionais são imprescritíveis perante a jurisdição internacional

A restrição da imprescritibilidade dos crimes de competência do Tribunal Penal Internacional unicamente ao âmbito dessa corte não suprime o efeito útil do artigo 29 do Estatuto de Roma. Haveria, de todo modo, diversas situações em que o preceito preserva sua razão de ser. Em primeiro lugar, imprescritíveis os crimes internacionais perante o TPI, a defesa estaria impedida de alegar, no juízo internacional, a prescrição. A norma serviria ainda para justificar a entrega ao TPI de um acusado que se encontrasse no território de país sem competência primária para julgar o crime em questão. Assim, mesmo que a justiça do país de asilo do acusado seja freada pela prescrição, o Estado renunciaria à jurisdição subsidiária em favor do TPI à vista da natureza internacional do crime. O foro local não conheceria do caso, e o exame da prescrição não seria sequer realizado, aplicando-se a regra do artigo 29 do Estatuto de Roma.

A circunscrição da imprescritibilidade dos crimes de competência do Tribunal Penal Internacional ao seu próprio domínio não esvaziaria, portanto, a regra do artigo 29 do Estatuto de Roma. Esta tese tem, assim, consistência à luz do rigor da hermenêutica.

b) Segunda tese: os crimes internacionais são objetivamente imprescritíveis.

Cuida-se, neste contexto, de presumir que pesa doravante sobre os Estados-partes no Tratado de Roma a obrigação de adaptar suas leis nacionais à regra da imprescritibilidade dos crimes definidos pelo Estatuto. Isto impõe desde logo duas indagações de extrema seriedade. Os delegados nacionais tinham essa intenção quando lavraram o texto? Estavam eles investidos por seus governos do poder de decidir sobre a revisão de um tema tão sensível para bom número de ordens jurídicas quanto o da prescrição?

Nada, no que disseram em Roma, permite concluir que estivessem movidos pelo desígnio de arrastar seus Estados a um comprometimento desse porte[48], e não há como cogitar de uma vontade implícita. Na hipótese de que os delegados nacionais estivessem providos de autoridade para esse fim, e houvessem ocupado a mesa de negociações com o propósito de aceitar, em nome de seus Estados, tal inovação, restaria saber por que motivo não o teriam anunciado expressamente. Um compromisso de dimensões tão complexas pode operar-se de forma tácita?

c) A interpretação do artigo 29 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional segundo a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969.

Para Claude Lombois, "...toda convenção tendo por objetivo coordenar a repressão, pelas ordens jurídicas internas, de uma infração determinada, enuncia, em termos claros, a obrigação de incriminar em direito nacional" [49]. À luz desse entendimento, se o artigo 29 do Estatuto de Roma fosse de natureza a modificar as leis internas dos Estados pactuantes, esta obrigação ali figuraria expressa, o que não ocorre. Pode-se, entretanto, interpretar o dispositivo segundo a técnica proposta pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969. A Convenção manda considerar (i) o contexto da regra, (ii) sua finalidade e objeto, e (iii) a prática posterior dos Estados.

---

[48] Nações Unidas, A/CONF.183/C.1/SR.2, pp. 6-9.

[49] C.LOMBOIS. *Un crime international en droit positif français*, in *Mélanges Vitu*. Paris, Cujas, 1989, pp. 367-388.

Para analisar o contexto em que a regra se insere, é preciso ter em conta os demais artigos do Estatuto. Estes se referem unicamente à competência da Corte. O caráter recorrente da expressão "relevando da competência da Corte" induz à conclusão de que o Estatuto não prescreve imposições às jurisdições nacionais, que a Convenção somente visa à competência e ao procedimento do Tribunal Penal Internacional.

Há imprecisão quanto à finalidade e ao objeto do artigo 29, onde resulta manifesta a vontade de tornar imprescritíveis certos crimes, mas pouco claro se a regra foi concebida em caráter exclusivo para o Tribunal Penal Internacional ou se é extensiva às jurisdições nacionais. A finalidade e o objeto da Convenção, tais como descritos no seu preâmbulo, revelam ambigüidade, pois aí consta que "é dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais."[50].

Resta a prática posterior dos Estados, elemento chave na interpretação da regra da imprescritibilidade. Se aceita como confirmação da prática dos Estados a análise da recepção, pelas ordens jurídicas internas, da imprescritibilidade, pode-se concluir que, até o presente momento, a regra não foi assimilada por grande parte dos integrantes da comunidade internacional.

É hoje difícil sustentar, ante a simples leitura do Estatuto de Roma, que tenha sido criada para os Estados a obrigação de modificar seus conceitos nacionais sobre o tema da prescrição. O artigo 17 do mesmo texto prevê, de resto, situações justificadoras do exercício complementar da competência do Tribunal Penal Internacional, e a declaração de prescrição do crime segundo a lei nacional, após processo regular, não foi aí arrolada.

Somente uma interpretação extensiva do artigo 17(2), do Estatuto de Roma permitiria admitir o exercício da jurisdição complementar do TPI quando uma jurisdição nacional prioritária tenha declarado prescrito um dos crimes internacionais descritos no Estatuto e em seu próprio ordenamento interno. A doutrina ensina que existe um "reconhecimento geral de que a interpretação restritiva se impõe a respeito de cláusulas que limitem, de algum modo, a soberania dos Estados, ou que importem, da parte destes, submissão a juízo arbitral ou permanente" [51], e que a interpretação restritiva é aquela que se aplica "às cláusulas atributivas de competência arbitral ou jurisdicional, às cláusulas derrogatórias a um princípio geral e às cláusulas limitativas da soberania estatal"[52].

A interpretação extensiva do artigo 17 (2) do Estatuto de Roma, resultante de uma visão abrangente do alcance de seu artigo 29, não é a mais correta. A prática dos Estados não autoriza, no presente estado de coisas, a deduzir o consentimento deles sobre a imprescritibilidade dos crimes internacionais perante as ordens jurídicas nacionais, e sobre o risco conseqüente do exercício complementar da jurisdição do TPI quando o foro doméstico tenha declarado extinta a punibilidade, ou a pena, pelo decurso do tempo.

6. Conclusão

O princípio da imprescritibilidade dos crimes internacionais, exceção à regra da prescrição penal no sistema jurídico de inspiração romano-germânica, é suscetível de questionamento entre

---

[50] Cabe aqui indagar se a declaração da prescrição significa a recusa de traduzir em justiça determinado delinqüente ou, ao contrário, seria uma afirmação desta última, em conformidade com os princípios que regem determinado ordenamento jurídico nacional e mediante o exercício regular de jurisdição.

[51] REZEK, Francisco. *Op. cit.* São Paulo, Saraiva, 2007, 10ª ed., p. 92.

[52] C. ROUSSEAU. *Droit international public.* Paris, Dalloz, 1987, 11a ed., pp.64-65. Como quer que seja, estaríamos aqui, diante de um impasse. Prevalece no domínio do direito das gentes a preferência pela interpretação restritiva. Entretanto, no âmbito das Nações Unidas, essa tendência geral foi flexibilizada a partir do século XX em favor da organização, de seus poderes e de sua agilidade. O exemplo mais eloqüente é a exegese, patrocinada por Hans Kelsen, do artigo 27 da Carta das Nações Unidas, no sentido de afirmar, o que ainda hoje subsiste, que o veto dos cinco Estados com cadeira permanente no Conselho de Segurança das Nações Unidas exige um voto negativo de cada uma daquelas potências, a tanto não equivalendo a abstenção ou ausência.

juristas desta formação. A tal respeito são ilustrativas as apreensões de Kathia Martin-Chenut e Elisabeth Lambert ao descreverem aquilo que chamam de hipertrofia da repressão:

"Ao defender a imprescritibilidade, não se deve temer uma justiça absolutista? Mas entre a punição e a impunidade, qual é o maior escândalo? A resposta é talvez: tudo depende da gravidade dos crimes cometidos. Para os crimes que atingem a própria humanidade, pela sua amplitude e nível de gravidade, a impunidade é certamente o maior escândalo em democracia. Uma parte da doutrina tem se mostrado cética quanto ao fenômeno contemporâneo de expansão da justiça na esfera espacial (e, sobretudo internacional) e na esfera temporal, histórica. Há ainda que saber se reconhecer a imprescritibilidade dos crimes internacionais não faria, nas hipóteses mais otimistas, simplesmente aproximar a prática dos Estados da comunidade internacional de um justo meio termo, ou a desviaria para uma justiça perigosa".[53]

Ressaltam entretanto que, em face do grande número de obstáculos de natureza diversa em matéria de repressão dos crimes internacionais, uma imprescritibilidade absoluta, desde que adotada por todos os Estados, talvez permitisse a melhor aproximação de uma justiça média[54].

Esse consenso no seio da comunidade internacional, embora complexo, não parece inviável. Mireille Delmas-Marty sugere um recurso de interpretação – semelhante ao que opera nas Cortes européia e interamericana de direitos humanos – na Corte Internacional de Justiça ou no Tribunal Penal Internacional, para facilitar o conhecimento das práticas estatais existentes. Delmas-Marty insiste, porém, em que essa adesão não se dê de uma só vez, mas no quadro de uma gradual reunião das consciências jurídicas estatais em torno de princípios diretivos comuns. Permitir-se-ia, assim, um movimento progressivo de aproximação entre as proposições da ordem universal e os sistemas nacionais.

Para a notável autora, esta harmonização, assim como o aludido recurso, teria o mérito de "precisar o sentido do direito convencional, das evoluções do costume internacional e de evitar interpretações diferentes e contraditórias. Assim, sem fixar muito um sistema em plena formação, estar-se-ia permitindo a formação de uma cultura jurídica comum, abastecida ao mesmo tempo do direito internacional e de estudos comparativos. Desta forma, poderiam estes últimos contribuir com a garantia de uma verdadeira complementaridade entre as jurisdições nacionais e o TPI."[55].

Essa aproximação respeitosa entre ordens jurídicas internas e a jurisdição internacional não ocorrerá da noite para o dia. Mas, afinal, tudo parece consistir numa questão de tempo. É da releitura, aliás, dessa noção que decorre a imprescritibilidade dos crimes internacionais: da idéia de que o tempo não pode ser aquele do decurso das vidas humanas, mas o de movimentos empreendidos por sociedades, por sistemas de poder, e de que é preciso esperar o lento e tantas vezes penoso virar das páginas da história.

O tempo parece ser enfim a contingência do direito penal internacional. É provável que nesse domínio toda precipitação prejudique o pleno alcance dos objetivos principais desse ramo da justiça. É tormentoso não se saber ao certo se ao cabo desses dias ou anos sobrevirão novos obstáculos ao percurso evolutivo da repressão da delinqüência internacional. Sabendo que o tempo é por vezes também o senhor dos encontros perdidos, parece incontornável que se amargue o risco de vermos envelhecer uma instituição antes mesmo de seu florescimento.

Se o caminho se prenuncia longo e árduo, parece ser este o sacrifício que se impõe pela passagem de uma justiça penal de emergência – ou de circunstância – a uma justiça repressiva universal e definitiva. Mais importante que ver operar sem demora o sistema, e em seu potencial

---

[53] MARTIN-CHENUT, Kathia & ABDELGAWAD LAMBERT, Elisabeth, *op. cit*, p. 299. Tradução livre.

[54] *Idem.*

[55] DELMAS-MARTY, Mireille. *Op. cit.*

máximo de coerção, é trabalhar para que esta estrutura, ainda incipiente, possa erguer-se sobre bases, as mais sólidas e seguras.

7. Bibliografia

I. Livros

BASSIOUNI, M.C. Crimes against Humanity. The Hague-London-Boston, Kluwer Law International, 1999.

BECCARIA, Cesare. Des délits et des peines. Paris, Flammarion, 1991.

BOURDON, Willian. La Cour pénale internationale. Paris, Seuil, 2000.

BROWNLIE, Ian. Principles of Public International Law. Oxford, University Press, 6a ed., 2003.

DESPORTES, Frédéric et LE GUNEHEC, Francis. Droit pénal général. Paris, Economica, 8ª ed., 2001.

GARAPON, Antoine. Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner. Paris, Odile Jacob, 2002.

GINSBURG, C. Le juge et l'historien. Paris, Verdier, 1997.

JANKALEVITCH, V. L'imprescriptible. Paris, Seuil, 1986.

LA ROSA, Anne-Marie. Dictionnaire de droit international pénal. Termes choisis. Paris, PUF, 1998.

LOMBOIS, Claude. Droit pénal international. Paris, Dalloz, 2e édition, 1979.

LOZANO Jr., José Júlio. Prescrição penal. São Paulo, Saraiva, 2002.

MACHADO, Fabio Guedes de Paula. Prescrição penal. Prescrição funcionalista. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

OST, François & VAN HOECKE, Mark (org.): Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ? Bruxelles, Bruylant, 1998.

RATNER, R. & ABRAMS, J.S. Accountability for Human Rights Atrocities, in International Law, Beyond the Nuremberg Legacy. Oxford, Clarendon Press, 1997.

REZEK, Francisco. Direito Internacional Público. Curso Elementar. São Paulo, Saraiva, 11ª ed., 2007.

RICOEUR, P. La mémoire, l'histoire, l'oubli. Paris, Le Seuil, 2000.

ROUSSEAU, Charles. Droit International Public. Paris, Dalloz, 11a ed., 1987.

SALMON, Jean. Dictionnaire de droit international public. Bruylant, Bruxelles, 2001.

TRIEPEL, Carl Heinrich. Les rapports entre le droit interne et le droit international. Recueil des Cours (1923), vol. 1.

TRIPPO, Maria Regina. Imprescritibilidade Penal. São Paulo, Ed. Juarez de Oliveira, 2004.

VATTEL, Emmerich de. Le droit des Gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains. Paris, Guillaumin & Cie, 1863.

VERHOEVEN, Joe & ARGENT, Pierre. Guerre et responsabilité internationale. Bruxelles, Bruyant & LGDG, 2002.

VERDROSS, Alfred. Derecho internacional público (trad. esp. A. Truyol y Serra), Madrid, Aguilar, 1969.

II. Monografias, teses

MERTENS, Pierre. L'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité. Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1974.

_____. L'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité dans les travaux du Conseil de l'Europe et dans la Convention de l'ONU, in Le procès de Nuremberg, conséquences et actualisation. Bruylant & Université libre de Bruxelles, Coll. Droit international nº 22, 1988, pp. 67-88.

VERYKIOS, P.A. La Prescription en droit international public. Paris, Pedone, 1934.

III. Artigos (Francês)

Table ronde ayant pour thème la prescription. Revue française de théorie juridique, n° 31. Paris, 2000, pp. 40-77.

DELMAS-MARTY, M. La responsabilité pénale en échec (prescription, amnistie, immunités), in CASSESE, Antonio & DELMAS-MARTY, Mireille (org.) : Les juridictions nationales et les crimes internationaux, Paris, PUF, 2002, pp. 613-653.

DUPUY, P-M. Crimes et immunités, ou dans quelle mesure la nature des premiers empêche l'exercice des secondes. Revue générale de droit international public, 1999, pp. 290-295.

FRULLI, Michaela. Les crimes internationaux, la prescription, l'amnistie, in CASSESE, A. & DELMAS-MARTY, M. Paris, PUF, 2002. Crimes internationaux et juridictions internationales, pp. 236-243.

GLASER, Stefan. Quelques observations sur la prescription en matière de criminalité de guerre. Revue de droit pénal et de criminologie, 1964-1965.

GRAVEN, Jean. Les crimes contre l'humanité peuvent-ils bénéficier de la prescription? Revue pénale suisse, 1965.

HENZELIN, Marc. Droit international pénal et droits pénaux étatiques. Le choc des cultures, in M. HENZELIN, M. & ROTH, R. (org.) : Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation. Paris, L.G.D.J, 2002, pp. 69-118.

HERZOG, J.B. Etudes des lois concernant la prescription des crimes contre l'humanité. R.S.C. 1965, pp. 337-371.

JUROVIKS, Yann. Le procès international face au temps. Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, n°4, out/dez., 2001, 781-797.

LAQUIÈZE, Alain. Le débat de 1964 sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité in Droit. Revue française de théorie juridique, 31- 2000, pp. 19-40.

LOMBOIS, Claude. Crimes contre l'humanité - crimes de guerre, R.S.C., 1987, pp. 937-942.

LEVASSEUR, Georges. Les crimes contre l'humanité et le problème de leur prescription. JDI, 1966, pp. 259-284.

NILS-CHRISTIE, Robert. La criminalisation du monde, in HEZELIN, Marc & ROTH, Robert (org.) : Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation. Paris, Genève, Bruxelles, L.G.D.J., Georg, Bruylant, 2002, pp. 337-345.

NORDMANN, Joë. L'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité. Gaz. Pal., 23.4.1983, pp.163-164.

PINTO, Roger. La prescription en droit international. Académie de Droit international de La Haye. Recueil des Cours, 1955, t. 1, pp. 387-455.

PONCELA, P. Imprescriptibilité in ASCENIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel & PELLET, Alain (org.) : Droit international pénal. Cedin Paris X, Ed. A. Pedone, 2000, pp. 887-895.

PONCELA, P. Mesure et motivations de la peine dans les jugements du TPIY in HEZELIN, Marc & ROTH, Robert (org.) : Le droit international à l'épreuve de l'internationalisation. Paris, LGDG, 2002, pp. 325-336.

RADOVANOVIC, L. La prescription des crimes de guerre. Revue de la politique internationale, n°358, 1965, pp. 9-11.

ROLLAND, Maurice. La prescription des crimes contre l'humanité. Revue de droit contemporain, 1964, n°2, pp. 115-125.

SOTTILE, A. La prescription des crimes contre l'humanité et le droit pénal international. Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques, 1965, pp. 5-18.

STERN, Brigitte. De l'utilisation du temps en droit international pénal, in Le droit international et le temps, colloque de Paris. Société française pour le droit international. Paris, Pedone, 2001, pp. 253-264.

IX. Artigos (Inglês)

CASSESE, A. The Statute of the Intenational Criminal Court: Some Preliminary Reflections. EJIL, 1999, pp. 108-123.

FRULLI, Micaela. Are Crimes against Humanity More Serious than War Crimes? EJIL, 2001, pp. 329-350.

MERON, Theodor. Is international law moving towards criminalization? EJIL, 9, 1998, pp. 18-31.

MILLER, Robert H. The Convention On The Non-Applicability of Statutory Limitations To War Crimes And Crimes Against Humanity. AJIL, vol. 65, 1971, pp. 477-501.

REZEK, J.F. Reciprocity as a Basis of Extradition. 52 British Yearbook of International Law, Oxford, Clarendon Press, 1981, pp.171-203.

SCHABAS, W. A. Non-applicability of statute of limitations, in Commentary on the Rome statute of the International Criminal Court. Otto Triffterer (ed.), Baden-Baden, 1999, pp. 523-526.

VAN DEN WYNGAERT, Christine & DUGARD, John. Non-applicabilitty of Statute of Limitations, in CASSESE, A. (org.): The Rome Statute of the International Criminal Court: A Comentary. Oxford, 2002, pp. 873-888.

V. Artigos (Português)

BADARO, Gustavo. O Anteprojeto de lei de adaptação da legislação brasileira ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: tramitação e questões constitucionais polêmicas, in AMBOS, K./ MALARINO E. & WOISCHNIK, J. (org.): Temas Actuales Del Derecho Penal Internacional. Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005, pp. 97-115.

CASTIGLIONE, Theodolindo. Os crimes contra a humanidade e o problema da prescrição em face de um Código penal internacional. Revista dos Tribunais, nov. 1967, vol. 385, pp. 7-47.

FARIA COSTA, José. O direito penal e o tempo: algumas reflexões dentro do nosso tempo e em redor da prescrição. Boletim da Faculdade de direito, Coimbra, n° spécial, 2003, pp. 1139-1165.

MIRANDA, Jorge. Tribunal Penal Internacional. Painel II: A incorporação ao Direito interno de instrumentos jurídicos de Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Direitos Humanos. Brasilia, CEJ, 2000, pp. 23-26..

MOTA, José Luis Lopes de. Impunidade e direito à memória: a questão da imprescritibilidade dos crimes contra a paz e a humanidade no Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Revista do Ministério Público, Lisboa, vol. 20, n° 78, abril-junho 1999, pp. 33-36.

Documentos

Nations Unies, A/CONF.183/C.1/SR.2

Nations Unies, A/CONF.183/13/(vol.III, pp. 32/33).

Do Direito Constitucional Militar

Constituição e regras de engajamento

Giuseppe de Vergottini*

1) Premissa

As missões das Forças Armadas italianas fora do território nacional assumiram no tempo uma significativa relevância. Na prática, desde o fim do segundo conflito mundial até hoje, são 108 os casos nos quais a Itália decidiu intervir no exterior com os seus próprios contingentes militares, a fim de assegurar a manutenção e a imposição da paz ou a assistência internacional. Cerca de trinta missões estavam em curso no final de 2007 e isso, principalmente, no cenário de organizações internacionais como as Nações Unidas, a Aliança Atlântica e a União Européia.

A participação nas missões coloca delicados problemas do ponto de vista constitucional, pois não existem previsões constitucionais explícitas que habilitem o Governo e o Parlamento às missões militares no exterior; há também carência de uma legislação orgânica sobre o tema. Problemas de difíceis soluções se colocam a respeito das eventuais modalidades de uso das forças armadas, por parte dos militares italianos na medida em que existem normas, sejam internacionais ou nacionais, que limitam seu uso e que devem ser respeitadas. É neste campo específico que amadureceu o problema dos critérios que vêm estabelecidos para disciplinar o comportamento dos militares que atuam nas missões. Tais critérios são formalizados naquelas disposições que são determinadas pela entidade hierárquica superior, com específica atenção ao uso da força, e que são relacionadas hoje com o conceito de "regras de engajamento", retomando a fórmula norte americana das "rules of engagement (ROE)".

1) Princípios constitucionais e regras de engajamento

O tema das regras de engajamento (*rules of engagement*, ROE) apareceu somente de forma marginal nas considerações de quem se ocupa dos perfis constitucionais da regulamentação das missões militares no exterior. O que foi escrito sobre o assunto é obra, sobretudo, dos especialistas dedicados aos temas militares[1].

Na realidade, o tema também é de grande interesse prático, como nos mostram os penalistas quando se perguntam se as ROE podem concorrer para integrar determinadas hipoteses penais, sob o perfil de sua tipicidade. Outro problema, colocado por estes penalistas, é o da individuação de causas excludentes da antijuridicidade de fatos correspondentes a tipos criminosos legais (os assim chamados descriminantes). Assim, pretendem verificar se as ROE podem ser definidas como causas excludentes autônomas ou, melhor, que não sejam reconduzidas àquelas já previstas na lei penal[2]. Na prática, a escassa jurisprudência nacional tende a não considerar as regras de engajamento como causa autônoma de justificação, preferindo utilizar as figuras já tipificadas na

---

* Professor ordinário de direito constitucional da Universidade de Bolonha Presidente honorário da AICL (Associação Internacional dos Costitucionalistas).

1 Ver, por exemplo, Cabigiosu C., *Le regole di ingaggio nelle operazioni militari*, *in* AA.VV., *Difesa comune europea e spazio giudiziario penale*. Ata do seminário de estudo, Roma 26-28 de novembro de 2004 (*a cura di* S. Manacorda), Conselho da Magistratura Militar, Roma, 2005, 147 ss.. Para uma análise do tema, dentre as raras contribuições que trataram do perfil jurídico, ver Fara V., *Regole di ingaggio, bandi militari e costituzioni*, *in Diritto pubblico comparato ed europeo*, II, 2006, 525 ss.. Ver, ainda: D'Angelo L., *Missioni militari all'estero, regole di ingaggio e cause di non punibilità codificate nella legislazione penale comune e militare*, *in Diritto penale e processo*, 9, 2005, 1162 ss.; Tondini M., *Regole di ingaggio e diritto all'autodifesa. Riflessioni e suggerimenń*, *in Rassegna dell'Arma dei carabinieri*, 1, 2005.

2 Ver, expressamente, Carlizzi G., *Profili di operatività delle regole di ingaggio nell'ordinamento penale italiano,* in AA.VV., *Difesa comune europea e spazio giudiziario penale*, cit., 163 ss.; Manacorda S., *Modelli di integrazione penale europea nelle missioni all'estero: analisi e prospettive*, ivi, 282 ss.; Brunelli D. e Mazzi G., *Diritto penale militare*, 4ª ed, Milão, 2007, 488.

legislação penal militar[3]. Resta o fato que, a possibilidade de usar as ROE como causa de justificação diversa daquelas previstas na legislação é debatida em vários países[4].

Nesses termos, a relevância das ROE diz respeito ao momento da sua aplicação concreta, nas situações em que o *sujeito destinatário final* das mesmas fosse obrigado a aplicá-las em uma situação conflituosa, que requeresse o uso das armas. As regras de engajamento, portanto, para o militar em campo, são próximas ou equivalem à "consignação" (art. 120 código penal militar de paz) ou à prescrição "estabelecidas para o cumprimento de um serviço particular" (art. 26 DPR 545/1986, Regulamento de disciplina militar) ou, mais geralmente, à figura da "voz de comando" do superior, conforme a lei (art. 4º da Lei 382/1978).

Hoje, a possibilidade de individuar um uso legítimo das armas, por parte dos militares em missão, também é vista considerando-se a exigência do respeito ao art. 2º, da Convenção Européia dos Direitos do Homem (CEDH) – determina proteção ao direito à vida. O referido dispositivo exclui a ilegitimidade de eventuais assassinatos derivados do "recurso da força tornado absolutamente necessário", somente nas hipóteses previstas na mesma disposição. Também, seguindo as sentenças da Corte Constitucional que confirmaram que o direito da CEDH se coloca como um vínculo ao legislador e ao juiz (sentenças 348 e 349/2007), as causas de justificações previstas pela legislação italiana devem ser interpretadas conforme o preceito do artigo 2º da CEDH e da jurisprudência da Corte de Estrasburgo, particularmente restritiva quanto à individuação do requisito da necessidade do uso das armas (conforme Bankovic *versus* Bélgica (2001); Behrami e Sarmati *versus* França e outros (2007))[5].

Mas, o momento da aplicação das ROE é somente o ponto de chegada de um processo complexo e, em parte, não especificado. Com efeito, a transmissão das ROE ao sujeito singular ativo em campo é precedida de uma série de passagens procedimentais que partem de áreas políticas em nível governativo/parlamentar, que considera o trabalho de preparação, desenvolvido pelas organizações internacionais dedicadas à segurança e, portanto, que exigem uma instrução no plano dos órgãos militares e ministeriais, uma aprovação ou uma aceitação implícita por parte da cúpula ministerial, uma eventual comunicação ao Parlamento, em seguida, a transmissão ao nível operacional, por fim, à unidade militar em campo.

A situação, do ponto de vista jurídico, é, à primeira vista, complicada, conforme colocado na premissa. Não há previsão na Constituição que habilite expressamente os órgãos constitucionais a decidirem a missão. Isso porque não teve bom desfecho um procedimento de revisão constitucional, aprovado em 4 de novembro de 1997 que, em seu art. 100, contemplava a adoção de uma deliberação parlamentar, a partir de uma proposta governamental voltada para o emprego das Forças Armadas fora das fronteiras nacionais. Ademais, nenhuma prescrição legislativa prevê, especificamente, a figura das ROE e seu relativo procedimento de adoção. É preciso acrescentar, além disso, que o procedimento nacional de formação das ROE vem, via de regra, condicionado por dois fatores externos ao ordenamento italiano: a um, as ROE podem ser, e são em parte, predeterminadas nas organizações internacionais de segurança coletiva e, a dois, no caso de intervenção da Itália em operações comandadas por outro Estado, fora das citadas organizações, as ROE estabelecidas pela potência que guia a missão são as determinantes do resultado.

---

[3] Conforme a sentença do GUP no Tribunal militar de Roma no caso Allocca/Stival de 9 de maio de 2007, no qual as regras de engajamento são consideradas como premissas ao recurso da necessidade militar como causa de justificação.

[4] Sobre o debate presente em vários países, dentre os quais França, Bélgica, Grã-Bretanha e Estados Unidos, conferir Ubeda-Saillard M., *Línvocabillité en droit interne des régles déngagement applicables aux opérations militaires multinationales*, in *Revue générale de droit international*, 1, 2004, 149 e ss.

[5] Viganò F., *Uso legittimo delle armi e Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo*, *in Uso delle armi nelle operazioni militari internazionali*, Encontro de estudo. Frascati 15-16 de novembro de 2007, Conselho da Magistratura Militar.

No desenvolvimento desta contribuição tentaremos propor alguma reflexão de enquadramento, inserindo a análise das regras de engajamento no contexto do ordenamento italiano e, por reflexo, naquele internacional.

2) A definição das ROE como regras de racionalização dos comportamentos que implicam uso de armas

Para entender qual é o enquadramento das ROE nas fontes jurídicas italianas é necessário lembrar, qual seria a *possível definição* das regras em relação a sua função e, portanto, se deve ampliar o campo da atenção, aos ordenamentos das organizações internacionais e, a outros ordenamentos estatais com os quais, o italiano venha a se relacionar também, como participante nas missões.

As ROE nascem da exigência em se ditar normas que determinem o comportamento dos militares que se encontrem empenhados em campo e, portanto, na necessidade de se saber como se comportar em relação ao eventual emprego da força. E nessa perspectiva, *"traduzem a nível operacional as diretrizes governativas acerca do uso da força e, em todos os casos, acerca da conduta a ser seguida quando os contingentes militares estão empenhados em uma missão"*[6]. São, portanto, consideradas *"o principal instrumento legal para a regulamentação da força durante as operações militares"*[7]. Do ponto de vista do conteúdo, além do perfil freqüentemente lembrado que instruem o comportamento dos militares, elas se apresentam muito relevantes, na medida que disciplinam o uso dos *poderes coercitivos*[8], em relação aos sujeitos envolvidos nas operações (prisões, detenções, seqüestros e várias modalidades de uso da violência, até ao uso letal de armas). Elas dizem respeito às situações de guerra, mas também e, sobretudo, às missões decididas pela Itália, situações intermediárias definidas MOOTW (*Military Operations Other Than War*), nas quais são incluídas diversas situações que exigem a intervenção armada: operações de *peace keeping*, *peace enforcing*, soluções de crise, intervenções humanitárias e de estabilização, com uma rica variedade de hipóteses e qualificações, conforme o ordenamento ao qual se referem e que podem levar a hipóteses de "conflito armado", diversas das da guerra tradicional. Em particular, dizem respeito àquelas situações de conflito definidas operações de guerra " à baixa intensidade", que incluem regras mais restritivas daquelas relativas a uma guerra verdadeira, mas sempre significando o uso das armas.

A regra mais elementar poderia, em linha teórica, comportar a proibição taxativa de usar as armas ou, em contrário, a ordem de usá-las sempre e, sem limites. Deste ponto de vista emerge logo a presença do *binômio proibição/autorização,* expedida por parte do superior hierárquico. Na realidade, entre esses dois extremos existe uma série muito articulada de disposições prescritivas possível que proíbem ou permitem comportamentos específicos. As regras às quais um militar pode ser submetido podem, portanto, compreender uma gama de situações muito diversificada, que o legislador pode considerar e regulamentar. Em linha extrema, faz-se uma distinção entre as regras que permitem ao militar possibilidade ampla de uso da força, nas situações de conflito armado, próximas daquelas típicas da guerra tradicional, e, regras paulatinamente mais restritivas, à medida que se distanciam de tais hipóteses. Geralmente, quanto mais intensa é a situação de perigo para o militar em campo, mais permissiva são as regras. Mas depende muito da escolha do legislador político, que é livre de avaliar e estabelecer o grau do risco imposto ao corpo

---

6 Ronzitti N., *Le operazione multilaterale all'estero a partezipazione italiana. Profili giuridici,* Senado da República, IX legislatura, dossiê n. 44, maio 2006, 11.

7 Conforme Poli V. e Tenore V., *L'ordinamento militare,* I, Milão, 2006, 142.

8 Oportunamente lembrado por Manacorda S., *op. cit.*, 282.

armado enviado ao exterior, no quadro das missões, e que, portanto, para limitar o uso da força, pode impor redução das margens de segurança para os militares engajados. Além disso, é certo que as regras, uma vez estabelecidas, podem sofrer modificações em função da variação dos pressupostos originários que, inicialmente as produziram. Enfim, a linha de comportamento fixada anteriormente pode ser substituída por um comportamento concreto, decidido no momento de quem atua no campo, em função de uma exigência necessária e não totalmente previsível. Portanto, as regras poderiam, concretamente, ser desobedecidas demonstrando-se assim, que nem sempre estão em condição de fazer frente a todas exigências concretas.

Em princípio, qualquer Estado é habilitado a determinar livremente as regras a serem utilizadas pelos próprios contingentes enviados ao exterior.

Mas, conforme lembrado, também as organizações internacionais que são responsáveis por intervenções objetivando a segurança coletiva, estabelecem regras próprias que, normalmente são seguidas pelos Estados membros, exceto as adaptações impostas pelo próprio ordenamento.

3) Regras de engajamento e sistema das fontes normativas

Uma opinião difusa vê as ROE como atos de *natureza não normativa*. Fala-se de atos administrativos que têm a natureza de *instrução confidencial*, justificada pelas exigências de proteção das forças envolvidas[9], de ordem hierárquica[10] e, sobretudo, de diretivas[11]. Difusa e pacífica é a opinião de que se trata de *atos subordinados à lei*, e que não podem, portanto, derrogar normas de lei[12], excluindo-se, por exemplo, a sua equiparação aos atos normativos como as portarias militares[13].

A possível qualificação das regras de engajamento não é fácil, também por causa da ausência de específicas disposições legislativas, lembradas antes, que inserem a matéria no ordenamento italiano. Todavia, analisando comparativamente os diversos ordenamentos e, as opiniões dos que já trataram do tema da regulamentação das regras de engajamento, é possível enfocar alguns aspectos qualificativos dessas regras. A separação dos poderes e a subordinação dos órgãos militares e ministeriais à lei são matérias incontroversas no ordenamento italiano. Aceita-se, portanto, a qualificação das regras como atos *sublegislativos*, não havendo, porém, concordância sobre a definição das ROE e, sobre sua recondução às figuras típicas do ordenamento. Por outro lado, o conceito de "regras de engajamento" e a sua qualificação formal não derivam (pelo menos na Itália, mas pelo que se sabe, também em outros ordenamentos), de fonte legislativa responsável pela sua elaboração, mas unicamente da *praxi* militar acolhida posteriormente em documento oficial que adotou a tal terminologia.

Na *praxi* de diversos ordenamentos, as regras são qualificadas de modos diversos; mas, sobretudo, como "diretriz" ou "instrução".

A indicação formal, segundo a qual as ROE teriam natureza de *diretriz* é freqüente.

Assim, nos Estados Unidos, as ROE são definidas como *diretrizes* adotadas pela autoridade militar competente, que "delineiam as circunstâncias e as limitações sob as quais os Estados Unidos iniciarão ou continuarão o combate com outras forças contrapostas" (*Chairman of The Joint Chiefs os Staff Instruction*, CJCSI, 3121.01°, 15 de janeiro de 2000, *Standing Rules of Engagement*

---

9 Ver referimento feito em Mancorda S., *op. cit.*, 282 ss..

10 Ver Fara V., *op. cit.*, 542.

11 Ver, por exemplo, Ronzitti N., *Diritto internazionale dei conflitti armati*, 3ª ed., Torino, 2006, 144.

12 Mancorda V., *Irak, la stretta via del diritto*, *in www.costituzionalismo.it,26.06.2004*

13 Nesse sentido ver Fara V., *op. cit.*

for US Forces)[14]. Na Bélgica, são definidas como "instruções elaboradas pela autoridade competente (nacional ou internacional), política ou militar, a fim de definir as circunstâncias e os limites do uso da força por parte do exército"[15]. Na Suíça, as ROE (*règles d'engagement*, *Einsatzregeln*, *regole di impiego*), voltadas para as missões humanitárias nas quais este Estado pode participar, devem estar em conformidade com a normativa *Terminologie des règlements de conduite de l'armée,* e são definidas como *diretrizes* que definem o comportamento da tropa e, em particular, "o recurso à força e às medidas coercitivas, incluído o uso de armas", e são disciplinadas por diversos regulamentos[16].

Na Itália não existe uma definição em sede normativa e, em particular, são usadas as definições propostas pelas regras da OTAN. No que diz respeito à prática, temos alguns exemplos de definições oferecidas pelas comunicações do Governo por ocasião do início das diversas missões. Assim, nas declarações feitas em 7 de novembro de 2001, no Senado, o Ministro da Defesa Martino afirmou que as ROE "representam as *diretrizes* trasmitidas pelas autoridades militares competentes, que especificam as circunstâncias e os limites dentre os quais as forças podem iniciar ou continuar o combate com aquelas contrárias. As ROE, portanto, limitam ou autorizam o uso da força respeitando o direito internacional, a lei relativa conflitos armados, como também as leis e regulamentos nacionais em vigor. Naturalmente, a escolha das ROE deve ser compatível com a missão". Essa definição parece sintetizar bem a doutrina italiana oficial na matéria.

Nas declarações, feitas a propósito da UNIFIL (*United Nations Interim Force In Lebanon*), em 4 de outubro de 2006, perante a Comissões do Exterior e da Defesa do Senado, o Ministro de Defesa Parisi acrescentou que "regras de engajamento devem ser entendidas como aquele instrumento procedimental que serve às forças no campo para uniformizar os comportamentos, em particular diante de situações emergenciais e imprevistas, quando não for possível utilizar a linha normal de comando". Esta definição se soma à anterior, e que reitera a necessidade da homogeneização dos comportamentos entre os contingentes de diversas nacionalidades envolvidos nas operações multinacionais. As definições contidas nas ROE e estabelecidas pelas organizações internacionais têm particular importância, na medida em que, tendencialmente, os seus estados membros delas se apropriam, no momento em que decidem participar das missões, sob a égide das várias organizações.

No ordenamento das Nações Unidas, as ROE são emitidas pelo *Department Peace Keeping Operations* com base nas resoluções do Conselho de Segurança que decidem a missão.

Para a OTAN, as ROE são "instruções a todos os comandantes, no quadro das diretrizes políticas que definem o grau e o modo com os quais empregam a força" (*MC 362 OTAN Rules of Engagement Military Committee Memorandum).* Definição extraída nas declarações ao Senado acima mencionada, feitas em 7 de novembro de 2001. Para a União Européia, as ROE são "diretrizes expedidas aos comandantes militares e as forças (incluídas as pessoas), que definem as circunstâncias, as condições, o grau e o modo que a força, ou outras ações que poderiam ser interpretadas como provocativas, podem ser ou menos aplicadas".

Além disso, esclarece-se que "as ROE não são utilizadas para confiar tarefas ou dar instruções táticas. As ROE não prejudicam o direito à legítima defesa em conformidade ao direito nacional. A formulação e os termos utilizados na descrição das ROE são descritivos e

---

[14] Martins M. S., *Rules of Engagement for Land Forces: A matter of Training not Lawyering, in Military Review*, 1994, 143, 1 ss.

[15] *Note documentaire sur la catégorie normative et la force exécutoire des "règles d'engagement"*, in Helmons S.M. (*a cura di*), *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs: les limite irréductibles*, Bruxelas, 1999, 145.

[16] Zen Ruffinen P., *Les règles d'engagement, in Revue militaire suisse* , 2006.

não interferem de nenhum modo na base jurídica do uso da força" (v. Gazeta Oficial da U.E., 2003, C321/02, 31.12.2003).

4) Os conteúdos substanciais das regras de engajamento

As prescrições inseridas nas regras nacionais, dizem respeito a uma série de critérios que são influenciados pelos princípios legais ligados ao cumprimento das missões e da própria natureza da missão singular. Elas cobrem uma ampla gama de disponibilidade de recurso à força, extensivo nas situações de conflito próximas a guerra e, progressivamente, sempre mais limitado, com a redução da situação de risco para os militares nelas empenhados.

No texto aprovado na Itália os seguintes princípios, entre outros, são afirmados: o respeito ao direito internacional e constitucional, o recurso à força mínima necessária, o princípio da proporcionalidade – evitar danos à população civil local –, a garantia segura do direito à legítima defesa. A colocação tem como finalidade garantir o recurso ao uso da força, somente quando for indispensável. Na sessão de 14 de maio de 2003, o Ministro da Defesa, perante a Comissão Exterior e de Defesa das duas câmeras, precisou, em relação às operações no Iraque, que "o uso das forças é exercitado no nível mais baixo possível, em função das circunstâncias e em medida proporcional à situação, em respeito ao direito internacional, como também das leis e dos regulamentos nacionais"; confirmaria-se-ia, portanto, que as ROE são "baseadas no conceito de uso da força mínima, necessária e proporcional à ofensa"[17]. As cautelas, que são sistematicamente lembradas nos documentos oficiais, não excluem, todavia, uma certa flexibilidade também, com referência às missões de *peacekeeping,* nas quais se pretende evitar cuidadosamente o recurso à força. Nas declarações do Parlamento de 4 de outubro de 2006, o Ministro da Defesa não excluiu o recurso ao uso da força também, no caso de intervenções hostis, dirigidos genericamente a dificultar o desenvolvimento da missão.

5) Fundamento e condicionamento normativo: a subordinação ao sistema normativo de fontes

Foi dito que as ROE são comparáveis à figura do ato administrativo e, fez-se diferenciação entre o conteúdo da diretriz, daquele da instrução / voz de comando.

É necessário agora, aprofundar qual deve ser o fundamento jurídico das ROE, e quais os *condicionamentos normativos* que incidem sobre as regras e os atos administrativos que envolvem a atividade do Ministro da Defesa. É dado comum a todos os ordenamentos, e, portanto, também àquele italiano, a busca do fundamento jurídico e dos relativos condicionamentos concernentes às regras de engajamento.

No que diz respeito as ROE, elaboradas e adotadas pelas *organizações internacionais*, essas devem ser compatíveis com os princípios do direito internacional relativo aos conflitos armados, em particular com o direito humanitário, assim como com as normas de tratados das diversas organizações (em particular as Nações Unidas, OTAN e União Européia), e com todos aqueles instrumentos internacionais que, de alguma forma, influenciam as regras das missões.

Ampliando o discurso, não seria difícil demonstrar também a exigência da compatibilidade com os princípios institucionais dos estados membros das organizações de segurança coletiva.

---

[17] Conforme Montedoro G., *op. cit.*

No que diz respeito ao direito interno estatal e, em particular, ao *ordenamento italiano*, deve ser lembrado que, em geral, as ROE nacionais que se aplicam aos contingentes enviados ao exterior, não são nada mais do que uma otimização daquelas elaboradas por uma organização internacional, da qual a Itália faça parte. As ROE produzidas no exterior vêem, portanto, recebidas através da *incorporação*[18] no nível interno, incorporação da qual se falará na parte relativa ao procedimento.

A propósito, deve-se admitir que, para o direito italiano, as ROE devem respeitar os princípios contidos nas *fontes internacionais* – no caso, com particular referência ao direito internacional humanitário e, portanto à Convenção de Genebra de 1949, e aos dois protocolos aditivos de 1977, como também, ao estatuto do Tribunal Penal Internacional permanente.

Cumpre lembrar, entre outras coisas, que a Corte Internacional de Justiça, no parecer de 1996, acerca do uso das armas nucleares, e naquele de 2004, relativo à construção do muro nos territórios palestinos, confirmou que as normas de direito humanitário se aplicam também em casos de conflito armado. Além disso, a Corte Européia de Direitos Humanos considerou aplicável o art. 2º da Convenção Européia dos Direitos dos Homens, relativo ao uso legítimo das armas, também no caso daqueles comportamentos dos Estados membros mantidos à margem dos confins nacionais dos territórios envolvidos, quando os mesmos detiverem o controle efetivo destes territórios (que não teria sido o caso do bombardeio de Belgrado por parte da OTAN: Bankovic *versus* Bélgica (2001), enquanto foi verificado no caso das ações da ONU (*Kosovo Force*, KFOR e *United Nations Mission in Kosovo*, UNMIK) em Kosovo: Behrami e Sramati *versus* França, e outros (2007)).

Ademais, as ROE podem ser influenciadas pelos vínculos derivantes das "SOFA", acordos entre estados que enviam as missões e estados territoriais que disciplinam o regime de força (*Status of Forces Agreement)*, pelos *memorandum* de entendimento (*memorandum of understanding)*, decorrentes das "SOFA" e por acordos técnicos *(technical agreements)* que disciplinam os aspectos técnico-administrativos.

As ROE são, portanto, subordinadas à constituição e à lei. Na prática, em relação às regras de engajamento, valem aqueles *vínculos constitucionais* que influenciam as decisões de enviar as missões.

Coloca-se, em primeiro lugar, respeito ao *princípio da legalidade* e aos *princípios constitucionais no tema de competência de decisão dos órgãos políticos* competentes para determinar a política de segurança. O art. 11, segunda parte, da Constituição, que prevê a inserção da Itália no sistema das organizações internacionais que visam assegurar a paz, pode ser considerado a base constitucional que legitima a assunção de deliberações dos órgãos do governo chamados a decidir acerca das intervenções armadas fora do território nacional.

A este último propósito, as previsões dos arts. 78 e 87, parágrafo 9°, relativos à deliberação e declaração do estado de guerra, que comporte o emprego das forças armadas no exterior, na medida em que são disposições que não dizem respeito às missões de paz, mas à guerra internacional tradicionalmente concebida, não têm nenhuma relevância. É geralmente admitido que, o recurso à guerra, historicamente definido como desesperado recurso à violência, objetivando a destruição da parte contrária, foge a uma definição real dos limites do atual ordenamento e, de qualquer modo, é considerado superado pelo conceito de conflito armado, figura mais branda nas suas diversas modalidades de desenvolvimento. Trata-se, de qualquer maneira, de disposições inutilizadas que serviram, porém, para evidenciar a vontade do

[18] Conferir Manacorda S., *op. cit.*, 283.

constituinte de envolver o Parlamento, Governo e o Chefe do Estado nas decisões ligadas à segurança, daí derivando que também determinações eventuais relativas a conflito armado (e, eventualmente, a missões de paz que poderiam resultar em conflitos armados), deveriam contar com a participação dos três órgãos constitucionais.

Em segundo lugar, cumpre resgatar o debate desenvolvido na doutrina italiana sobre o significado que se deve atribuir ao principio da *recusa à guerra,* fixado na primeira parte do *artigo 11* da Constituição, e levantar a questão sobre quais seriam as missões legitimamente efetuáveis.

É evidente que a atenção passaria a se dar sobre qual o significado da proibição do emprego do aparato militar, nos casos diversos daqueles que permitem o recurso à legítima defesa e daqueles nos quais, o uso da força, seja consentido com base aos direitos nas Nações Unidas.

Na prática, a proibição do recurso à força não é pura e simplesmente recusa da guerra, no sentido formalmente afirmado no art. 11 (proibição da guerra de agressão), mas sim alguma coisa de maior complexidade resultante da evolução da praxi e do direito internacional dos conflitos armados, que foi determinada no curso de mais de meio século[19].

Os princípios utilizáveis na matéria são assim sintetizáveis. É consentido o recurso à força armada a fins defensivos em linha em conformidade ao previsto na carta das Nações Unidas. O direito à legítima defesa, artigo 51 da mesma carta, não requer autorização e pode exercitar-se também em ajuda a um estado agredido. Pode exercitar-se também quando a agressão provenha de um sujeito não estatal (caso do ataque terrorista). Pode exercitar-se na iminência de um ataque armado (mas existem perplexidades a respeito). Debate-se a fundo se é possível exercitá-la para prevenir uma ameaça latente e, portanto, permitir um possível ataque (doutrina Bush da guerra preventiva, contestada por diversas partes). É também consentido o recurso à mesma nos casos autorizados pelo Conselho de Segurança. A situação se torna problemática quando os Estados tornam-se promotores de ações que requerem o recurso à força e que tendem a se transformar em conflitos armados, ações estas não previamente autorizadas pelo Conselho, mas, de regra, *ratificadas a posteriori* pelo mesmo (veja os EUA no Iraque) e, quando a mesma circunstância se produz para a intervenção autônoma de uma organização de segurança coletiva (veja a OTAN no Kosovo).

Neste contexto, assumiu uma importância significativa o tema das *intervenções humanitárias,* que acontecem quando a intervenção armada, em violação ao princípio de soberania do estado territorial, é justificada pela necessidade de proteger os sujeitos desse estado que seja objeto de graves violações de direitos ou, até de ameaça de genocídio. Existiria uma prerrogativa ou até uma obrigação de intervenção, que pode ser ativada mesmo sem a prévia autorização do Conselho de Segurança, ainda que a doutrina defenda a necessidade de uma autorização prévia (no caso mencionado do Kosovo, a intervenção, como se sabe, aconteceu posteriormente).

Não se encontra previsão explícita das ROE nas normas legais. Todavia, a legislação prevê, com fórmula genérica mas freqüente, as *missões* entre as funções das Forças Armadas (conforme Decreto Lei. 28 de novembro de 1997, n. 464, art. 1º, parágrafo 1; Decreto Lei. 30 de julho de 1999, n. 300, art. 20, parágrafo 2, letra a); Lei 14 novembro 2000, n. 331, art. 1º, parágrafo 1), ainda que hoje o ordenamento italiano seja carente de uma lei específica na matéria (ver, aliás, as recentes iniciativas legislativas atualmente em discussão na Câmara dos Deputados: A.C. 2752 *"Legge quadro sulla partecipazione italiana a missioni umanitarie e internazionali",* proposta de lei apresentada em 7 de junho de 2007).

---

[19] Sobre o argumento consultar de Vergottini G., *Guerra e Costituizione*, Bolonha, 2004, 17 ss. No mesmo sentido, ver Severini G., *La Costituizione italiana, i rapporti internazionali, gli organismi sopranazionali*, in AA. VV., *L'equilibrio incerto. Atti dei setti seminari di politica internazionale.* Roma 4-17 de junho de 2003, *I quaderni di Magna Carta*, 2, Soveria Mannelli, 2004, 159 ss.

O fundamento jurídico das ROE é de responsabilidade do Conselho dos Ministros (Lei 23 de agosto de 1988, n. 400, art. 2º), e do Ministro da Defesa, que deverão promulgar "diretrizes a respeito da política militar" (Lei 28 de fevereiro de 1997, n. 25, art. 1º, parágrafo 1, letra b), relativas à competência específica que a lei confere ao Chefe de Estado Maior da Defesa em matéria de utilização de forças armadas (Lei 18 de fevereiro de 1997, 25, art. 3º, parágrafos 1, 3 e 7)[20], e relativas às decisões que dizem respeito às missões, contempladas na resolução da Comissão de Defesa da Câmara dos Deputados n. 7-1007, de 16 de janeiro de 2001 (conhecida como resolução Ruffino)), considerada, na praxi, como texto esclarecedor das regras constitucionais, legislativas e convencionais que disciplinam as missões e que prevê também a adoção de medidas de atuação por parte da administração militar.

6) As características do procedimento de adoção

As ROE, conforme os preceitos acima mencionados a respeito das normas internacionais e nacionais, são determinadas pelos órgãos militares nacionais em entendimento com os órgãos políticos e transmitidas junto com a voz de comando de operações.

É preciso lembrar[21] que, no plano nacional, a formulação das ROE inicia-se pelo nível mais alto da cadeia hierárquica, ou seja, o político-militar, passando pelo estratégico-operativo, pelo tático, até chegar ao militar no campo.

Conforme já assinalado, o procedimento de formação das ROE compreende i) uma fase de decisões de um órgão internacional (Nações Unidas, OTAN, União Européia); ii) uma fase na qual se entrecruzam as competências do Chefe de Estado Maior da Defesa (CSMD) e do Ministro e; iii) uma eventual fase parlamentar. Alternativas são possíveis, nas hipóteses em que a missão seja desenvolvida sob a égide de uma potência-guia, que fará valer suas próprias regras em relação aos membros da coalizão, e nas quais a missão seja desenvolvida independente de uma organização de segurança coletiva ou de uma coalizão *ad hoc*.

O momento determinante do procedimento de adoção das ROE em território nacional é geralmente condicionado pelo fato de que as ROE nacionais pressuponham coerência com as vigentes nas *organizações internacionais,* no âmbito das quais se ativa a missão multilateral. Pode-se questionar se a determinação em nível organizativo governamental (ex: OTAN) comporta algum vínculo jurídico para os órgãos nacionais. A propósito, deve-se considerar que o texto das regras, uma vez acordado com a apropriada deliberação, condiciona sucessivas determinações para os Estados-membros em virtude da força dos compromissos assumidos através dos tratados que conferem competências apropriadas aos órgãos das organizações. O acordo alcançado em sede decisional permite expressamente a faculdade do Estado-membro de pretender que as regras possam ser derrogadas (através de cláusulas de reserva conhecidas como *caveat*), de modo tal a assegurar o respeito aos princípios legais do ordenamento interno, *in primis,* dos princípios constitucionais enunciados pelo Estado-membro. Há, também, um *vínculo político*, pois é evidente que a escolha comum de promover a iniciativa, tende a fazer convergir a decisão sobre o esquema de regras já predisposto. De qualquer forma, resta evidente que o vínculo não é absoluto, sendo pacífica a faculdade mencionada antes, que assegura ao Estado participante a possibilidade de pedir derroga ao esquema de referimento, permitindo o alinhamento das ROE às normativas

[20] Sobre adjudicação de competências de comando que implicam o poder de direção, de adjucação e emprego de força do chefe de estado maior, distintas dos endereçamentos que cabem ao ministro, em seguida às reformas legislativas introduzidas entre 1997 e 2001, conforme Chiti E., *L´amministrazione militare tra ordinamento nazionale ed ordinamento globale*, Milão, 2006, 112 ss.

[21] Tondini M., *Regole di ingaggio e diritto di autodifesa. Riflessioni e suggerimenti*, *in Rassegna dell'arma dei carabinieri,* 2005, 1.

internas ou às escolhas de interesse nacional. A propósito, é evidente o exemplo das regras empregadas nas missões ISAF (*International Security Assistance Force*) no Afeganistão: a Itália decidiu ser parte da missão excluindo compromissos que comportassem o uso da força em operações bélicas como, ao contrário, era desejado pelos outros componentes da missão.

Em nível de organizações internacionais (por exemplo, OTAN), antes de tudo, é elaborado o *esquema-base* das regras no âmbito do órgão colegiado de governo, do qual participa também a Itália. Em um segundo momento, quando se torna atual a exigência de ativar a missão multilateral, as regras são *adaptadas* às características próprias das missões, sempre com a participação da Itália.

As regras estabelecidas dentro das organizações internacionais são transmitidas ao Estado Maior da Defesa, onde são analisadas e atualizadas como as eventuais reservas (*caveat*), tidas como necessárias à exigência de assegurar o respeito aos princípios vinculantes no nosso ordenamento.

As regras assim elaboradas na esfera militar são submetidas ao Ministro da Defesa, que pode requerer eventual reexame e, portanto, aprová-las sem, na prática, adotar um decreto apropriado. Na prática, entre o CSMD e o Ministro se ativa um *processo de colaboração* que permite ao Ministro exprimir sua avaliação, mas reserva a competência de decisão ao CSMD.

A fonte das ROE, após deliberação na fase nacional do procedimento, no assunto de "*utilização de Forças Armadas*" é, por lei, de responsabilidade do Chefe do Estado Maior da Defesa (CSMD) (Lei 25/1997, artigo 3º, parágrafos 3 e 7 parágrafo 1). As ROE são, portanto, atos da *autoridade militar,* ainda que, evidentemente, não exclua a *responsabilidade política do Ministro* acerca do seu conteúdo e dos seus resultados.

Conforme indicado, é possível uma fase parlamentar. Segundo qualificada opinião, tal fase deveria ser necessária[22] mas, na realidade, em muitas missões do passado não ela existiu. Com efeito, em 78 casos houve intervenção parlamentar, enquanto em 30 casos as missões foram determinadas sem tal intervenção. Nos casos em que o Parlamento atuou, houve 40 casos de intervenção preventiva, 10 de intervenção contextual e 28 intervenções sucessivas[23].

Para as missões mais significativas, e que comportam um provável ou determinado recurso ao emprego da força, as regras de engajamento são lembradas quando o Governo informa as câmeras com a finalidade de obter a resolução que autoriza a missão.

A autorização parlamentar da missão inclui também uma *aprovação implícita* das regras escolhidas. Porém, trata-se freqüentemente (ou sempre) de uma aprovação meramente genérica, que diz respeito às regras padrão (que são aquelas das organizações internacionais envolvidas no contexto da missão), com eventuais referências às circunstâncias pelas quais o Governo assumiu a responsabilidade de garantir o respeito aos princípios irrenunciáveis do ordenamento, eventualmente inserindo os ditos *caveat*. Isto enquanto o Governo, por razões compreensíveis de segurança, não deposita em sede parlamentar o texto exato das ROE, mas se limita a um referimento genérico. Em um caso recente (*United Nations Interim Force in Lebanon*, UNIFIL), o Ministro da Defesa disse claramente que as regras ainda deveriam ser estabelecidas, porque estava em definição inclusive o objetivo da missão por parte das Nações Unidas (conforme as declarações do Ministro de Defesa Parisi às comissões do exterior e de defesa no dia 18 de agosto de 2006). Em face da natureza das missões na intervenção ministerial que precede a resolução parlamentar, pode ser compreendido o conteúdo das regras a serem utilizadas, mesmo quando

---

[22] Conferir Montedoro G., *La costituzione, le nuove guerre ed il mutamento della legalità internazionale*, in www. giustizia.amministrativa.it, segundo o qual, depois do envolvimento do Parlamento, as ROE sao atos administrativos "com cobertura política".

[23] Dados trazidos na Câmara dos Deputados. XV Legislatura. *Servizio Studi.* Caderno n..3, 8ª edição, *Partecipazione dell'Italia alle missioni militari all'estero*, Roma, 23 de ottobre de 2006.

não seja feito menção às ROE. Portanto, a autorização da missão comporta uma expressa ou implícita aceitação das ROE que o Governo, sob apresentação dos militares, considerará necessária para caso.

A divulgação perante o Parlamento a respeito das ROE é somente genérica, até porque se considera que o conhecimento completo por parte do público comportaria perigo para a segurança do pessoal envolvido. Como recordou o Ministro Parisi em 4 de outubro de 2006 ao Senado: "A codificação dos comportamentos dos militares em operação é, por sua natureza, altamente reservada, seu conhecimento por parte de elementos hostis pode de fato constituir um grave elemento de desvantagem a nível tático e, portanto, de perigo para a nossa trupe".

Todavia, vale também ter presente os casos nos quais não se fale absolutamente das ROE em sede de autorização parlamentar. E isso pode se dar porque a missão não contemple o possível uso das forças armadas (Albânia 1997), porque a questão não venha a ser levantada ou até porque se trate de uma missão iniciada pelo Governo sem prévia passagem parlamentar (antes da citada Resolução Ruffino, de 2001).

7) A falta de tipificação das regras de engajamento e princípio da legalidade

A falta de tipificação das regras de engajamento coloca delicados problemas sob o perfil do respeito ou não respeito ao princípio de legalidade[24]. Na verdade, não existe uma previsão legislativa relativa às formas e aos procedimentos a serem seguidos na fase deliberativa e nem relativa aos órgãos expressamente titulares da relativa competência. A "regra de engajamento", como qualificada adaptando o termo inglês, é ato administrativo, expressão do poder de decisão do órgão militar, a fim de circunstanciar a modalidade de "emprego" do instrumento militar, no sentido indicado na Lei 25/1997. A regra se refere ao conceito geral de *"voz de comando militar",* expressão do poder de comando. Ela se caracteriza pela sua recondução à relação hierárquica, que implica o poder de direção do superior e a obrigação de execução por parte dos níveis subordinados. A voz de comando, entendida em sentido amplo, pode manifestar-se através de atos que venham diversamente qualificados pelas normas não homogêneas que, por sua vez, recorrem a uma terminologia não uniforme: ordem, voz de comando, disposição, instrução, diretriz... Conforme os casos, a voz de comando pode significar uma obrigação incondicionada de execução para o destinatário, ou pode deixar a este último um certo âmbito de discricionariedade na escolha das modalidades de atuação. Neste caso, o conteúdo da voz de comando se concretiza melhor no conceito de "diretriz", amplamente avaliado em sede doutrinária, ainda que sem uniformidade de opinião ou conclusões definitivas, enquanto não existe uma segura tipificação do ato[25].

Portanto, pressupondo que as ROE possam ser reconduzidas à figura de voz de comando, seria preciso sempre reconhecer que, em algumas hipóteses, admiti-se também a discricionariedade que, costumeiramente, é relacionada ao conceito de diretriz. Considere-se, de qualquer forma, que esta incerteza (voz de comando em sentido estreito, que implica o conhecimento dos atos ou, em sentido amplo, que implica em uma margem de apreciação discricionária), ainda que aparentemente irregular, parece compor, a pleno título, um panorama bastante familiar na tradição do ordenamento militar, caracterizado por um certo âmbito de

[24] Sobre a exigência do respeito ao princípio de legalidade no ordenamento militar e sua problemática aplicação, conferir. Balduzzi R., *Principio di legalità e spirito democratico nell'ordinamento delle forze armate,* , Milão, 1988, 118 ss..

[25] Sobre a relação entre o poder de direção e hierarquia, e sobre diversas manifestações do poder de direção, conferir D'Albergo S., voce *Direttiva*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milão, 1964, 608.

liberdade de manobra, ligado às dificuldades de enrijecer, conforme normas formalizadas, o uso do instrumento técnico-militar.

Já em 1962 o jurista Vittorio Bachelet, notável especialista em direito militar, notava a ambigüidade das regras da voz de comando militar e seu difícil enquadramento no princípio da legalidade[26]. O autor ressaltava que, mesmo considerando a "voz de comando" como manifestação típica do poder militar, o ordenamento conhece uma ampla gama de "manifestações imperativas ou de endereçamento" e, a propósito, cumpria uma reconstrução dos exemplos contidos em fontes legislativas e regulamentos da época. Em muitos exemplos citados, podia-se notar um dado comum: o da *generalidade* da previsão em relação aos conteúdos da voz de comando. Mesmo que as normativas tenham sido atualizadas, a situação atual, do ponto de vista que estamos tratando, não parece muito distante daquela lembrada pelo autor acima mencionado.

As ROE, conforme citado, tem origem da praxi das organizações internacionais, e devem ser compatíveis com o direito internacional dos conflitos armados, o direito humanitário, as convenções internacionais, a evolução *de facto* dos sistemas multilaterais de *peace keeping*, *peace enforcing* e *peace building,* gerido pelas organizações internacionais de segurança e relativos SOFA, como também compatíveis com os acordos de coalizão *ad hoc*. No que diz respeito às regras vigentes no ordenamento italiano, elas pressupõem coerência com as regras estabelecidas a nível internacional e, portanto, encontram seu limite e legitimação nas cláusulas constitucionais que permitem a incorporação, disciplinando a conexão com o direito internacional e pactual.

8) Uma tentativa de reconstrução do conceito de "regras de engajamento"

Antes de tentar chegar a uma conclusão, cumpre destacar que o processo de determinação das regras, provavelmente, deve ser dividido em *dois momentos* logicamente distinguíveis, ainda que, de fato, nas formulações que conhecemos, os dois momentos são entre eles confusos ou, de qualquer modo, não sempre distintos claramente.

O *primeiro* momento é individualizado na escolha efetuada no *nível político,* e deve ser diferenciado, no caso de escolhas com finalidade de elaborar *critérios gerais* de intervenção, disponíveis na maioria das missões a serem efetuadas, ou no caso da definição de *critérios específicos* a serem utilizados em uma determinada missão. Tais escolhas se concretizam em atos de endereçamento político, expressos pelos órgãos responsáveis das organizações internacionais e da política de segurança e defesa, órgãos estes que interagem de diversas formas, segundo o tipo de governo. Em geral, trata-se do parlamento e o poder executivo no caso de escolha no plano nacional, órgãos representativos dos Estados-membros, perante as organizações internacionais de segurança.

O *segundo* momento é aquele no qual se passa a uma elaboração daquelas que serão, em sentido próprio, as regras de engajamento de uma missão específica, levando em consideração as linhas de atuação expressas no nível político. Nesta fase, torna-se essencial a intervenção dos órgãos militares, que elaboram o conjunto de regras que são submetidas, sob forma de proposta, ao órgão político do qual dependerá a sua aprovação (o qual, uma vez tomado ciência, reserva-se o direito de pronunciar-se em sentido diverso ou contrário, neste caso, haveria uma aprovação implícita, como parece acontecer na praxi italiana). Trata-se, particularmente, do componente do governo do qual depende diretamente o instrumento militar. E isto acontece, seja pela

[26] Bachelet V., *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Milão, 1962, 191 ss..

formulação das regras-padrão, no caso de esquemas normativos de referência, fixados de forma geral e potencial, seja pela determinação de regras específicas a serem adotadas em determinadas missões.

A propósito, temos consciência do fato de que alguns ordenamentos possuem regras-padrão permanentes, que valem como esquema padrão de referência, como é o caso dos Estados Unidos (onde existe o *Standing Rules of Engagement for US Forces*) ou da OTAN (*North Atlantic Military Committee, MC 362 (Military Decision) Nato Rules of Engagement, 9 de novembro de 1999)*. Estes esquemas são depois atualizados e adaptados quando são determinadas as regras que deverão valer para missões específicas.

Referindo-se especificamente ao ordenamento italiano, cabe ao Governo e ao Parlamento a definição de endereçamentos políticos gerais, que contenham os critérios preventivos gerais que condicionem as ROE: estes endereçamentos deduzem-se de modo indireto daquelas normas que especificam as missões das forças armadas, relativamente às intervenções, armadas ou não, fora do território nacional. Ou derivam de atos de endereçamento, como uma resolução parlamentar. Destaque-se a conhecida resolução parlamentar 7-1007, de 16 de janeiro de 2001 (Ruffino). No futuro, estes atos, uma vez aprovados, poderiam ser concentrados numa lei específica a respeito das missões, atualmente em discussão na Câmera dos Deputados. Outros endereçamentos surgem das leis de ratificação e de execução de tratados e das deliberações de órgãos de organizações internacionais de segurança. Por fim, endereçamentos específicos podem surgir do voto sobre a escolha programática do Governo, em sede de votação de aprovação no início do mandato, como também pelos votos dos parlamentares em ocasião de debate sobre temas de política externa e segurança. Estes endereçamentos gerais são destinados a fornecer a "moldura" nas quais se inserem, sucessivamente, regras mais específicas que assumem, em *stricto senso*, o caráter de ROE.

Estas últimas incluem o papel preparatório dos órgãos militares e, portanto, a sua submissão ao Governo (ao Ministro da Defesa) e, eventualmente, ao Parlamento.

Em primeiro lugar, destaca-se o papel do Ministro da Defesa.

Referindo-se aos princípios fixados pela legislação e, em particular, à Lei 25/1997, que confere ao Ministro a competência para decidir matérias de defesa e de segurança, poder-se-ia, à primeira vista, entender que se espera do próprio Ministro a adoção das regras. E isso porque o art. 1º, parágrafo 1º, letra b atribui ao Ministro a competência de adotar "*diretrizes a respeito da política militar*"[27]. Se assim fosse, a proposta do órgão militar levaria em conta os conjuntos de regras das Nações Unidas, da OTAN ou da União Européia, com as oportunas adequações e, em seguida, seria o momento da decisão ministerial.

Mas esta leitura da norma parece um pouco apressada, visto que não leva em consideração a específica e pontual reserva de competência que a lei confere a favor do Chefe de Estado Maior da Defesa, em relação à decisão de "emprego" das Forças Armadas. O poder de diretriz de que trata o art. 1º da lei refere-se, portanto, ao poder geral organizativo e funcional que cabe ao Ministro para regulamentar a política militar, conceito este que implicaria a definição de escolhas políticas mais amplas, e não a específica determinação ligada ao emprego do aparato militar.

Na verdade, a praxi italiana prevê a utilização da competência decisória do Chefe do Estado Maior de Defesa e comporta, portanto, a predisposição das regras no plano dos órgãos militares, assim como a instauração de um procedimento de colaboração entre a cúpula

[27] Sobre as competências de endereçamento do Ministro e sobre a successão entre o endereçamento do conselho dos ministros/endereçamento ministerial em matária decisional a respeito da política militar, conferir Bonetti P., *Ordinamento della difesa nazionale e costituzione italiana*, Milão, 2000, 54 ss..

militar e o Ministro, a apresentação de uma proposta de texto ao Ministro que não o adota formalmente em caso de aceitação do mesmo decreto, limitando-se a acatar o ato, sendo praticada exclusivamente a faculdade ministerial de requerer um reexame ou eventuais variações. Caso contrário, seria uma aprovação somente implícita.

De qualquer forma, o fato que o Ministro não use a faculdade de requerer um reexame e a relativa vontade de não interferir na discricionariedade do órgão militar não exclui sua responsabilidade política em sede parlamentar a respeito das questões que se refiram à atuação das regras. De fato, não seria configurável tal responsabilidade a cargo do órgão técnico, permanecendo, inevitavelmente, inerte a do órgão político.

Ao fim do procedimento, o Chefe do Estado Maior transmite as ROE ao nível operativo e estas se tornam imediatamente executáveis.

Quanto à passagem em sede parlamentar, a praxi é incerta, pelo fato de que nunca se traz ao conhecimento das câmeras o texto orgânico das regras. Ao contrário, nas comunicações governativas que precedem a resolução em comissão, às vezes é feita somente menção às regras mais importantes, ou melhor, a alguns de seus conteúdos, a fim de assegurar às Câmeras o respeito ao princípio da garantia da correspondência das mesmas e aos princípios do ordenamento italiano ou internacional.

9) Uma reflexão conclusiva

Concluindo, pode-se especificar a qualificação da ROE que parece a mais convincente reconhecendo que, não é possível oferecer a ela uma qualificação unívoca na qual venha conjugado o perfil da determinação política e aquele da decisão administrativa.

Na realidade, parece ser mais coerente com a natureza de instituto uma cisão entre o momento no qual os órgãos políticos dotados de poder de endereçamento exprimem as próprias decisões do momento no qual os órgãos técnico-militares, utilizando o *poder de direção próprio do nível hierárquico superior,* transmitem as regras de engajamento aos seus subordinados. Ainda que não seja fácil separar com precisão os diversos momentos da intervenção, manifestados em uma sucessão de fase procedimental, que partem do nível politico, com divisões nacionais e internacionais, para alcançar o nível militar, pareceria correto individualizar, sempre tendo conceitualmente distinta, no instituto da ROE globalmente considerado, a *dupla natureza*, política e administrativa. As escolhas de endereçamento político acabam por encontrar-se na decisão parlamentar sob iniciativa governativa para dar prosseguimento à missão, e em base aos poderes atribuídos ao Ministro da Defesa, de adotar como suas, as diretrizes político-administrativas, em relação ao uso do instrumento militar, transmitindo essas diretrizes ao Chefe do Estado maior de Defesa, conforme estabelecido na resolução Ruffino (par. 6). Em nível organizativo militar, desenvolve-se a fase preparatória das regras destinadas às missões, à qual segue o entrelaçamento de operações de colaboração, voltadas para conseguir a aprovação do Ministro e, então, a determinação do órgão responsável pela decisão de emprego do instrumento militar, isto é, do Chefe do Estado Maior e de Defesa. A conexão entre, as competências ministeriais e as competências da cúpula militar, emana da clara disciplina da Lei 25/1997, já citada. Em sentido próprio, portanto, as regras são um ato administrativo, de competência da cúpula militar. Elas são expressão do poder de direção ligado à sua posição hierárquica, parecem reconduzíveis à tradicional figura geral da "voz de comando". A partir da conexão da "voz de comando" com a esfera de decisão política e, em particular, com a tutela dos supremos interesses do estado, deriva, entre outras coisas, a impossibilidade de submeter as ROE à sindicância do juiz administrativo, segundo a disciplina do *ato político* prevista no art. 31, do TU de 26 de junho 1924, n. 1054. E, na

verdade, existem pressupostos para subtrair ao ato a sindicância do juiz, do momento que o ato provêm de órgãos predispostos ao nível mais alto de gestão dos interesses estatais (perfil subjetivo), e diz respeito à salvaguarda dos poderes públicos (perfil objetivo), como especificado pela jurisprudência (Conselho de Estado, Sessão IV, 12 de março de 2001, 1397)[28].

Uma vez reiterado que as ROE são vinculáveis ao poder de direção ligada à voz de comando hierárquica, não se pode ignorar que, no seu âmbito podem-se encontrar diferenças do ponto de vista da individualização dos conteúdos da "voz de comando" e do grau de conhecimento para os destinatários.

Na realidade, não se pode excluir que no mesmo texto algumas prescrições tenham natureza estreita, a exemplo da proibição de comportamentos lesivos para a população civil, enquanto outros têm natureza mais elástica, como aqueles relativos à modalidade de reação em caso de comportamentos hostil por parte do potencial agressor. O conteúdo da parte dispositiva do ato articula-se, de fato, em proibição e autorização em relação aos comportamentos a serem seguidos. Os primeiros, por definição, implicam cogência, os segundos possuem poder de ação e, portanto, em sentido próprio, são expressão de discricionariedade permita ao sujeito chamado a cumprir o ato. Neste último caso, as ROE expressariam uma *diretriz* que contém uma prescrição relativa aos objetivos a serem perseguidos, mas, tendencialmente, pressuporiam um certo grau de *discricionariedade* do sujeito chamado a segui-la. Sabendo que a situação no campo pode ser extremamente mutável, e como seja oportuno deixar a quem opera a avaliação requerida sobre quão critico é o momento, falar de *diretriz no sentido técnico*[29], parece ser totalmente apropriado.

[28] Sobre o qual, em geral, ver Cerulli Irelli V., *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, 380 ss..

[29] Para uma síntese sobre as diretrizes, conferir, por exemplo: Catelani E., voce *Direttiva (dir. Amm.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milão, 2006, 1854 ss..

O Princípio da Insignificância na Justiça Penal Castrense

Henrique Marini e Souza*

I - Considerações iniciais

À guisa de introdução, de início, enfocaremos dois temas intimamente correlacionados com o fulcro do objetivo colimado. São eles o idealismo utópico em contraposição ao idealismo orgânico e à sempre presente problemática crime e castigo.

Segundo Oliveira Vianna, "o idealismo utópico não leva em conta os dados da experiência"; a ele se opõe o "idealismo orgânico que só se forma de realidade, que só se apóia na experiência, que só se orienta pela observação do povo e do meio."

A propósito, cita Ingenieros quando afirma: "o destino de um ideal, o êxito de um ideal, a difusão de um ideal não dependem nem de sua beleza, nem de sua grandeza, mas sim de sua conformidade com a vida."

Consultor Jurídico do Ministério do Trabalho, à época em que dirigiu a pasta o eminente Ministro Joaquim Pedro Salgado Filho, cita sua rica experiência à frente das Comissões criadas pelo clarividente gaúcho, compostas por empregados e empregadores, e incumbidas de elaborar o anteprojeto da agora codificada Consolidação das Leis do Trabalho.

Procurou-se, então, nada mais que dar forma legal e sistematizada às sugestões colhidas com base em nosso direito costumeiro.

Todavia, ao contrário do que ocorreu naquela ocasião, o mestre chama nossa atenção para a constante tendência dos constituintes, congressistas e dirigentes pátrios em elaborarem e promulgarem leis que seriam válidas para qualquer outro povo (suíço, alemão, inglês), menos para o brasileiro.

Aí se manifesta o idealismo utópico, na medida em que nossos verdadeiros problemas permanecem despercebidos ou ignorados.

No tocante à sempre presente preocupação com o correto equacionamento da problemática crime x castigo, trazemos à colação algumas idéias do consagrado mestre Antônio Beristain, em recente obra editada pela UnB (*Nova Criminologia à Luz do Direito Penal e da Vitimologia*), quando, sob o título "Epistemologia Criminológica: Da Retaliação ao Perdão", afirma: "A história sociológica e a filosofia jurídica ensinam que sem sanções penais resulta impossível a convivência, ao menos nos tempos historicamente conhecidos e na atualidade. Talvez e oxalá, as próximas gerações possam prescindir da Sanção Penal. Nossa geração não pode evitar as penas como resposta a certos delitos."

E, mais adiante, prossegue o mestre: "Entretanto, esta necessidade de defender-nos aplicando sanções penais não significa, ou não deve significar, que os delinqüentes tenham de ser encarcerados entre quatro paredes para castigá-los com o intuito unicamente vingativo, sem gastar um minuto para sua integração na sociedade."

As idéias e citações mencionadas, mormente aquelas relativas à necessidade de se ter presente nossa realidade, o tempo social atual e, neste caso, as particularidades inerentes à caserna, constituem pré-requisitos indispensáveis para a correta abordagem da matéria e, sobretudo, para a compreensão da forma como se aplica o Princípio da Insignificância nesta Justiça Especializada.

---

* Tenente Brigadeiro do Ar. Ministro do Superior Tribunal Militar

Em razão disso e tendo em vista o pouco conhecimento a respeito da Justiça Militar, não raro constatado entre os próprios operadores do direito e até entre os Magistrados, parece-nos oportuno, "*a priori*", efetuar uma breve incursão nesse campo.

II - A Justiça Militar da União

1 - Breve histórico

A - Origens e evolução do Direito Penal Militar

Para melhor compreensão da matéria, cabe principiar sua abordagem através de um breve histórico para, a partir das origens mais remotas, verificarmos quando e como foi criada no Brasil e como se apresenta atualmente nossa Justiça Militar.

Os compêndios de História registram nítidas evidências de que, em passado longíquo, alguns povos ditos civilizados possuíam noção de delitos tidos como militares que, não raro, eram julgados pelos próprios militares. Em diferentes épocas, isso ocorreu na Índia, em Atenas, na Pérsia, na Macedônia e em Cartago.

Certo é que, aproximadamente 2.100 anos A.C., fatos caracterizados hoje como crimes militares eram tipificados no Código de Urnammu, a mais antiga lei escrita conhecida. Como se recorda, Urnammu foi o fundador da III dinastia de Ur, na Mesopotâmia. Naquela época, não havia uma jurisdição militar, cabendo ao Rei conhecer e decidir a respeito da prática daqueles atos ilícitos.

Também o código de Hamurabi, sexto rei da Babilônia (1728/1686 A.C.), que governou por 43 (quarenta e três) anos, continha normas de caráter militar.

O mesmo acontecia em relação às antigas leis assírias e egípcias.

Particularmente sobre o Egito, Deodoro Sicuto lembra as punições previstas nas leis de Sesóstris III.

Outra prova eloqüente de que a origem da Justiça Militar se perde na noite dos tempos encontramos na Grécia antiga.

Homero, autor da Ilíada e da Odisséia, citava os anciãos, escolhidos entre os guerreiros, sentados diante de Tróia, a administrar a justiça.

Naquela época, os gregos não possuíam uma concepção diferenciada e específica dos delitos militares devido, principalmente, ao fato de que todo cidadão era considerado soldado. Assim, não conheceram os helenos uma justiça militar nitidamente separada da justiça comum.

Não obstante, a princípio competia ao Archonte, juiz-sacerdote, conhecer e julgar os delitos militares, estipulando as penas correspondentes; mais tarde essa atribuição seria conferida aos *Estratega*.

Platão lamentava a existência da guerra, por considerá-la, no mais alto grau, geradora de malefícios às cidades-estado nela envolvidas.

Todavia, afirmava que na arte da guerra deve-se ter a coragem para combater bem e considerava que "o magistrado deveria pertencer à mesma arma do militar culpável, de modo que um infante fosse julgado por outro infante e de igual modo com respeito às demais armas".

Em que pese a constatação de todos esses fatos ocorridos em passado remoto e denotadores dos primódios da justiça militar, costuma-se afirmar, à luz das concepções de Direito e de Justiça, que as origens, as raízes deste ramo especializado da justiça situam-se em Roma.

No que respeita ao período do Império Romano, o eminente Professor Cyhrysólito Gusmão divide a evolução histórica da Justiça Militar em quatro fases.

A primeira fase corresponde à época dos reis, período em que os monarcas absorviam tudo, mesmo porque não havia diferenciação entre órgãos e funções. Assim, todo o Poder, inclusive o de julgar, competia ao Rei.

Tal fato revela-se coerente com tradições de outros países, porquanto àquela época os reis normalmente eram os comandantes de seus exércitos e, dessa forma, participavam dos combates.

A segunda fase ocorreu no período dos Cônsules, que exerciam o denominado *"imperium majus"*, ou seja, enfeixavam o poder de julgar todos os cidadãos qualquer que fosse o tipo de delito praticado. Logo abaixo dos Cônsules situavam-se os Tribunos Militares, misto de magistrados e comandantes que exerciam o chamado *"imperium militae"*.

Na terceira fase, à época de Augusto, a Justiça Militar era de responsabilidade dos prefeitos do pretório, cuja jurisdição revelava-se bastante ampla, sendo limitada apenas no tocante à competência relativa aos eventuais delitos praticados por oficiais superiores.

A quarta fase, na qual aconteceram as maiores modificações, corresponde à época de Constantino. Tais alterações destinaram-se a refrear a grande força política da milícia romana. Criou-se o denominado *"magistri militium"* e instituiu-se o *"consilium"* encarregado de assistir ao juiz-militar. Os membros do *"consilium"* funcionavam meramente como conselheiros, sem força deliberativa nos julgamentos dos crimes militares.

Outros autores dividem a evolução da Justiça Militar, em Roma, em três fases, como o Professor Esmeraldino Bandeira. Esses períodos são os seguintes:

- o que vai da fundação da cidade à guerra social em que todos os soldados eram cidadãos e todos os cidadãos eram soldados, sujeitos ao *"jus commune";*
- o dos exércitos mercenários que surgiram com as guerras civis *("jus commune")* e
- o dos exércitos permanentes, no qual o delito militar era aquele que só o soldado podia praticar, aplicando-se as normas do direito militar.

Qualquer que seja a visão histórica, na análise dessa evolução, incontestável é o fato de que o Direito Militar, como Direito Especializado, materializou-se e consolidou-se na antiga Roma.

Ali surgiram e prosperaram os princípios diferenciadores *"ratione materiae"*, ou seja, em razão da matéria, e *"ratione personae"*, isto é, em razão da pessoa, para se considerar ou não determinada infração como delito militar.

Inegável, também, o fato de que o Império Romano só se formou graças à disciplina das legiões romanas, baseado em um rígido Direito Militar aplicado pela incipiente Justiça Castrense.

A propósito, convém recordar que o termo "castrense", tão comumente usado para designar a Justiça Militar, deriva da palavra *"castra, castrorum"*. Castra eram os acampamentos das legiões: *"castra invernale"* e *"castra estivale"*.

O Professor José da Silva Loureiro Neto, em sua bem elaborada obra de Direito Penal Militar, afirma que "o exército romano teve seu Direito Militar".

Esse direito integrava o denominado *"Corpus Juris Civilis"*, que no *"Digesto"* tratava *"De Re Militare"*.

Segundo as leis então vigentes, o estigma da infâmia, certos crimes e atos de covardia eram punidos com penas bastante severas, como o "fustigamento", através de "bastonadas", comumente aplicadas com tal rigor que levavam à morte.

Por exemplo, quando determinada falta disciplinar grave era cometida por integrante de uma centúria e havia problemas de identificarem-se as autorias, o Tribuno formava a tropa e sorteava um certo número de soldados que eram bastonados até a morte.

Com a queda do Império Romano e o surgimento da chamada Idade Média, requer-se do exegeta invulgar paciência para rastrear o crime militar nas hostes bárbaras.

Costumam alguns mestres apontar o surgimento, melhor diríamos, o ressurgimento da Justiça Militar com a criação dos Exércitos permanentes no Século XV, provavelmente na Itália ou na Espanha.

Todavia, foi no Século XVI que ocorreu a instituição dos Conselhos de Guerra, compostos por cinco oficiais e por Auditores de Campo, que eram oficiais versados em direito, encarregados de examinar os fatos e emitir pareceres, junto àqueles Conselhos.

Na idade moderna, com o advento da Revolução Francesa, havida em 14 de julho de 1789, a Justiça Militar experimentaria importantes modificações.

Com efeito, a queda da Bastilha não representou apenas a gênese dos princípios de Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

Entre suas conseqüências incluem-se substanciais alterações na Ordem Política, Social e no campo do Direito.

Assim, regulamentaram-se as relações do Poder Militar com o Poder Civil e foram estabelecidos os princípios que regem a moderna jurisdição, eliminando-se qualquer caráter de foro privilegiado para os militares.

Além disso, procurou-se separar as funções dos operadores do direito, especificando-se que ao Juiz de Instrução cabia a formação de culpa, ao Ministério Público a oferta da denúncia, e ao Conselho o julgamento.

Também estabeleceram-se normas relativas à determinação da competência, *"ratione materiae" e "ratione personae"*, princípios estes adotados pelos romanos, conforme já exposto.

B - Evolução da legislação penal militar no Brasil

No que respeita à evolução da Justiça Militar no Brasil, vamos abordar dois aspectos: o primeiro relativo à legislação aplicável em diferentes épocas e o segundo referente à sua organização desde a sua criação, ainda nos primórdios do Império.

Quanto à legislação, necessário se faz retroceder ao período anterior ao denominado "descobrimento" do Brasil e examinar o que aconteceu em Portugal.

Logo após a queda do Império Romano na Península Ibérica e, portanto, em Portugal, vigoraram sucessivamente o Código de Alarico ou *"Breviarium"* e o Código Visigótico ou *"Lex Romana Visigotharum"*.

Esse último código representava uma junção das Leis de Roma com a magistratura episcopal pois, como se recorda, os visigodos eram cristãos. Esse Código foi editado em 693 pelo Rei Égica.

Mais tarde, em 1139, o primeiro Rei de Portugal, D. Afonso Henriques, editou as "Forais", que eram leis particulares que variavam de um local para outro, constituindo pequenos códigos, em latim bárbaro, que regiam os Conselhos, governo local das vilas e cidades.

A primeira tradução para o português do *"Corpus Juris Civilis"* foi iniciada no reinado de D. João I por ordem sua, mas só foi concluída já no primeiro ano do reinado de D. Afonso V, daí o nome de Ordenações Afonsinas ou Código Afonsino.

As fontes das Ordenações Afonsinas, assim como das demais, ou seja, Ordenações Manuelinas e Filipinas, "compreendem todo o direito anterior: usos e costumes, forais, leis gerais, determinações da Corte registradas no Livro Verde, concordatas com a Santa Sé, além do direito romano, canônico e visigótico".

As ordenações estavam copiladas em cinco livros, a saber:

O 1º, o *"Judex"* (sobre o juiz); o 2º, o *"Judicium"* (sobre o processo); o 3º, o *"Clerus"* (sobre o clero); o 4º, o *"Connubia"* (sobre o casamento); e o 5º, o *"Crimem"* (sobre o crime).

A última dessas Ordenações, as Filipinas, editada em 1603, perdurou por mais de dois séculos em Portugal e vigorou no Brasil até 1916, pelo menos no tocante ao seu livro 4º, só revogado com a edição do Código Civil, enquanto que na área penal vigorou até 1830, ou seja, por 227 anos.

Feitas essas considerações de caráter histórico e necessárias para melhor compreensão da matéria, diríamos que no Brasil Colônia, no tocante à legislação Penal Militar, vigoraram dois diplomas legais: as Ordenações Filipinas e os Artigos de Guerra do Conde Lippe.

Sobre as Ordenações não se faz necessário qualquer outro comentário nesta ocasião.

Quanto aos Artigos de Guerra do Conde Lippe, esclareça-se, por oportuno, tratar-se de legislação inspirada nos artigos de guerra da Alemanha que, de seu turno, derivavam daqueles de Gustavo Adolfo da Inglaterra, datados de 1721.

O Conde Lippe, na realidade um Oficial de Artilharia do Exército Alemão, foi cedido pela Inglaterra a Portugal, atendendo a solicitação do Marquês de Pombal, com o propósito de que aquele oficial ajudasse a reorganizar o Exército Português. Ali galgou o posto de Marechal-General em 1762.

Num total de 29, os Artigos de Guerra do Conde Lippe previam penas bastante severas, seja para as transgressões disciplinares, seja, principalmente, para os delitos propriamente ditos.

Entre essas penas citam-se: o arcabusamento (corresponde ao fuzilamento), o enforcamento, pancadas com prancha de espada e outras mais brandas, como trabalhar nas fortificações.

Embora prevendo esses tipos de penas, sendo considerados famigerados no sentido de então (famosos) e no sentido atual do termo, compreende-se a existência de legislação tão draconiana à luz dos problemas de toda ordem existentes à época.

No período do Império (1808 a 1889), releva destacar, entre outros, a edição de dois diplomas legais: o Código Criminal do Império de 1830 e a Provisão de 20 de outubro de 1834. O primeiro, em seu artigo 308, dispunha que aquele código não abrangia os crimes puramente militares, punidos na forma da respectiva Lei, fato que, de certa forma, implicava referendar os Artigos de Guerra do Conde Lippe e as Ordenações Filipinas.

Já a Provisão de 1834 separava os crimes militares praticados em tempo de Paz daqueles relativos à época de Guerra.

Observe-se que a Legislação existente ao tempo do Império era abundante, porém confusa.

Com o advento da República, proclamada em 15 de novembro de 1889, ocorreram notáveis progressos no tocante à legislação penal militar. Logo no dia imediato, em razão da edição do Dec. Nº 03, de 16 de novembro de 1889, eliminaram-se os castigos corporais na Marinha.

Em 1891, pelo Dec. nº 18, de 07 de março, aprovou-se o Código da Armada.

Alguns anos após, a Lei nº 612, de 1899, ampliou para o Exército a aplicação dos dispositivos legais contidos no Código da Armada.

Posteriormente, através do Decreto-Lei nº 2961, de 20 de janeiro de 1941, estendeu-se a aplicação daquele Código à recém-criada Aeronáutica.

Em 24 de janeiro de 1944, por intermédio do Decreto-Lei nº 6227, aprovou-se o primeiro Código Penal Militar Brasileiro.

Finalmente, aos 21 de outubro de 1969, através do Decreto-Lei nº 1001, foi editado o atual Código Penal Militar, que vigora desde 1º de janeiro de 1970.

Na mesma data (21 de outubro de 1969), foi aprovado o atual Código de Processo Penal Militar, pelo Decreto-Lei nº 1002.

Releva sublinhar que o Código Penal Militar editado em 1969 trouxe importantes inovações, consideradas bastante avançadas para aquela época. Entre outras citam-se as seguintes:

- a caracterização do estado de necessidade, como excludente de culpabilidade, diante da inexigibilidade de conduta diversa;
- o conceito de cabeça nos crimes cometidos em concurso de agentes;
- o impedimento, como nova modalidade de pena, aplicável nos crimes de insubmissão;
- a suspensão condicional da pena em determinadas situações e;
- o instituto da reabilitação.

De igual modo, o Código de Processo Penal Militar, editado em 1969, revelou-se apropriado ao seu tempo e vem permitindo a eficiente e eficaz distribuição da justiça na área castrense.

C - Organização e funcionamento - do Império à atualidade

No tocante à organização da Justiça Militar no Brasil, como se afirmou, devemos retroceder aos primórdios do Império.

No início do ano de 1808, D. João, Príncipe Regente de Portugal, transferiu-se para o Brasil com sua corte, fato que originou uma série de importantes alterações de ordem política e econômica do País.

Num de seus primeiros atos, D. João, pelo Alvará com força de Lei de 1º de abril de 1808, criou, na cidade do Rio de Janeiro, o Conselho Supremo Militar e de Justiça, com atribuições administrativas e judiciárias. Esse Conselho era presidido pelo próprio monarca e exerceu suas atividades de 1808 a 1891.

A Constituição Republicana de 1891 não contemplou a Justiça Militar quando dispôs sobre a Organização do Poder Judiciário. Todavia, em seu art. 77 previa foro especial para os delitos militares, estabelecendo que esse foro seria integrado pelo Supremo Tribunal Militar e pelos Conselhos necessários para a instrução e julgamento dos crimes militares.

Estruturou-se assim, desde então, a Justiça Militar, extinguindo-se o antigo Conselho e instituindo-se o Supremo Tribunal Militar como órgão supremo da judicatura castrense.

A partir daquela data, a Justiça Militar ficou sob o pálio da Constituição, alçando-se o Supremo Tribunal Militar e os Conselhos à categoria de órgãos judicantes, de natureza especial, embora não integrados formalmente à estrutura do Judiciário.

Foi a Constituição de 1934 que, por primeiro, incluiu os Tribunais e Juízes Militares na estrutura do Poder Judiciário.

Em 1946, com o advento de nova Constituição, o Tribunal passou a denominar-se Superior Tribunal Militar. No tocante à sua composição, manteve-se a tradição de que essa matéria fosse regulada por Lei Ordinária.

Em razão de modificações introduzidas na Constituição de 1946, por força do Ato Institucional nº 2 de 1965, passou a composição do Tribunal a ser regida pela própria Constituição.

A Carta Magna de 1967 manteve a mesma composição do Superior Tribunal Militar; todavia, estabeleceu que seus Ministros seriam nomeados pelo Presidente da República, após aprovada sua escolha pelo Senado Federal.

A Constituição em vigor (de 1988) estabelece em seus artigos 122, 123 e 124 as normas que regem a Justiça Militar da União, especificando, respectivamente, os órgãos que a integram, a composição do Superior Tribunal Militar e a competência deste ramo especializado da Justiça.

Vejamos como se organiza e como funciona hoje nossa Justiça Militar, respeitadas as disposições constitucionais e a legislação infraconstitucional aplicável, enfocando seu órgão de cúpula, o Superior Tribunal Militar, as Circunscrições Judiciais Militares e os Conselhos de Justiça.

A composição daquela Corte está prevista no art. 123 da Constituição Federal, onde se lê:

> *"O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre Oficiais-Generais da Marinha, quatro dentre Oficiais-Generais do Exército, três dentre Oficiais-Generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis.*
>
> *Parágrafo Único. Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da República, dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, sendo:*
>
> *I - três dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional;*
>
> *II - dois, por escolha paritária, dentre Juízes-Auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar.".*

Essa composição constitui o chamado escabinato ou escabinado e revela-se de inequívoca importância para apreciação e julgamento dos feitos de sua competência, pois permite aliar a experiência de chefes militares que atingiram o ápice das respectivas carreiras, acumulando mais de quarenta anos de vida na caserna, com o inegável conhecimento jurídico dos Ministros Civis.

O STM tem jurisdição em todo o território nacional.

No que respeita à competência, cabe ao Superior Tribunal Militar processar e julgar originariamente Oficiais-Generais, pedidos de *Habeas Corpus*, Mandados de Segurança e outras ações.

Compete-lhe, também, julgar Embargos, Apelações, Conflitos de Competência, Pedidos de Desaforamento, Correições Parciais e outros feitos.

Em relação à primeira instância, destaque-se a existência de doze Circunscrições Judiciárias Militares. Em cada Circunscrição Judiciária Militar funciona uma Auditoria, à exceção da Primeira, sediada no Rio de Janeiro, que dispõe de quatro, da Segunda (São Paulo) que dispõe de duas, e da Terceira CJM, sediada em Porto Alegre, que conta com três, sendo uma em Porto Alegre, outra em Santa Maria e outra em Bagé.

Fazendo um paralelo, é lícito dizer que as Auditorias correspondem às Varas da Justiça Federal e da Justiça Comum.

As áreas territoriais de jurisdição das Circunscrições Judiciárias Militares correspondem às áreas das diversas Regiões Militares do Exército Brasileiro.

Além das Auditorias que integram as Circunscrições Judiciárias Militares, existe uma Auditoria de Correição, sediada em Brasília, a cujo Juiz-Auditor Corregedor compete a responsabilidade de efetuar, mediante planejamento aprovado pelo Superior Tribunal Militar, a correição das atividades das diversas Auditorias. Sua vigilante atuação lhe permite representar ao STM para sanar erros *in procedendo*, eventualmente detectados na Primeira Instância.

A cada Auditoria corresponde um Juiz-Auditor e um Juiz-Auditor Substituto, ambos, em tese, com idênticas atribuições judicantes.

Além disso, contam as Auditorias com cartórios, secretarias e pessoal necessário a fornecer-lhes o indispensável apoio na área jurídica e administrativa.

Junto às Auditorias, atuam representantes do Ministério Público Militar que exercem na plenitude suas atribuições, funcionando como *"custus legis"*, ou seja, como fiscal do cumprimento da lei, e como *"dominus litis"*, nesse caso como parte na relação processual, ofertando a denúncia e praticando os demais atos processuais como autor da Ação Penal.

Ali labutam, também, Advogados e Defensores Públicos. Registre-se, por oportuno, que a Justiça Militar detém a primazia da iniciativa da criação da Defensoria Pública e da designação de defensores dativos para assistirem àqueles que não têm condições financeiras para constituir Advogados.

Na Primeira Instância da Justiça Militar funcionam, dentro das Auditorias, os Conselhos de Justiça.

Existem dois tipos de Conselhos: o Permanente e o Especial.

O Permanente é nomeado para atuar por um período de três meses, correspondentes aos trimestres do ano civil.

O Conselho Especial, uma vez nomeado, funciona durante o período de tempo necessário ao julgamento do feito para o qual foi convocado.

Os Conselhos Permanentes são constituídos por um Juiz-Auditor e quatro Oficiais, dentre os quais um Oficial Superior que atua como seu Presidente.

Esses Oficiais são integrantes da Força Armada a que pertence o militar que estiver sendo processado.

Assim, dentro de cada Auditoria funciona um Conselho Permanente para cada Força Armada. Seus integrantes são designados a cada trimestre, mediante sorteio, dentre os oficiais que se encontram sediados na área de jurisdição de cada uma das Circunscrições Judiciárias Militares.

Aos Conselhos Permanentes compete processar e julgar as Praças Especiais e as Praças das Forças Armadas, bem como os civis denunciados pela prática de crime militar.

Os Conselhos Especiais, conforme se registrou anteriormente, funcionam durante o período de tempo necessário ao julgamento do militar que estiver sendo processado.

São integrados por um Juiz-Auditor e quatro Oficiais, todos mais antigos e da mesma Força do Oficial que estiver sendo processado, sob a Presidência de um Oficial Superior ou Oficial-General.

Aos Conselhos Especiais compete processar e julgar os Oficiais das Forças Armadas denunciados pela prática de crime militar.

No tocante ao funcionamento da Justiça Militar, oportuno é enfatizar que a Ação Penal Militar é pública e inicia-se com o recebimento da denúncia ofertada pelo Ministério Público Militar.

A peça de pórtico normalmente é fundamentada num Auto de Prisão em Flagrante, numa Instrução Provisória de Deserção ou num Inquérito Policial Militar.

Em razão disso, convém abordar o tema Poder de Polícia.

A palavra Polícia origina-se da palavra grega "*politea*", que deriva de "*polis*", ou seja, cidade, e possuía um significado bem diverso do atual, pois era entendida no sentido de ordenamento jurídico do Estado e até como a arte de governar ou o próprio governo das cidades-estado.

Em Roma adquiriu uma conotação mais próxima daquela de hoje, passando a ser entendida como ação do Governo, no tocante à manutenção da Ordem Pública. Isto ocorreu quando, por força dos constantes assaltos ocorridos na calada da noite, atribuiu-se aos bombeiros a tarefa subsidiária de patrulhar a cidade no período noturno.

Surgiu, assim, o conceito de polícia como instituição voltada para a segurança pública.

Quase concomitante, ainda em Roma e durante o Império, surgiram as primeiras idéias de polícia judiciária, quando determinados funcionários foram incumbidos de prestar aos Magistrados informações correlacionadas com a prática de delitos. Esses funcionários receberam diversas denominações, entre as quais *"curiosi"*, "*nuntiatori*" e *"digiti duri"*.

A palavra polícia possui atualmente diversas acepções, sendo a mais corriqueira aquela relacionada à Segurança Pública. Porém, quando falamos em Poder de Polícia, na área castrense, referimo-nos a três poderes-deveres atribuídos aos chefes militares e comandantes em geral nas áreas de segurança, administrativa e judiciária.

Ou seja, no Brasil, dentro desse Poder de Polícia dos Comandantes Militares, distinguimos o exercício da Polícia de Segurança, aqui voltada essencialmente para a guarda e segurança das instalações, destinada a assegurar a integridade física dos militares e do patrimônio sob a administração militar.

A atuação da Polícia Administrativa tem por finalidade a fiscalização da licitude dos atos administrativos necessários à gestão do patrimônio das diversas organizações militares.

A Polícia Judiciária Militar é a que nos interessa mais diretamente, porquanto através dela os Comandantes, Chefes e Diretores exercem as atribuições que lhes são cominadas, em razão de dispositivos legais contidos no Código de Processo Penal, correlacionadas com a apuração dos crimes militares e sua autoria e de outras importantes atividades.

Assim, o exercício do Poder de Polícia Judiciária implica a prática de vários atos por parte dos Comandantes, conforme especificado na Lei Adjetiva Castrense, tais como a instauração de Inquéritos Policiais Militares.

A eficaz atuação da Polícia Judiciária Militar, em todos os níveis de Comando, constitui um dos fatores que permitem o célere funcionamento da Justiça Militar, seja fornecendo ao Ministério Público Militar os elementos indispensáveis para o oferecimento da denúncia, seja obedecendo determinações judiciais ou realizando diligências e outras atividades, como o cumprimento de mandados de prisão expedidos pela Justiça Militar.

Em breve síntese, assim é que funciona a nossa Justiça Militar.

Não poderíamos deixar de registrar o fato de que, ao longo de seus duzentos anos de existência, a Justiça Militar do Brasil vem exercendo suas atividades judicantes, honrando seu compromisso com a verdade, observando rigorosamente o devido processo legal e buscando imprimir a maior celeridade possível aos processos de sua competência.

Sua atuação tem sido alvo de elogios de renomados juristas que advogaram na Justiça Militar, em especial quando se reportam ao Superior Tribunal Militar, considerando-o o mais liberal do Brasil.

Assim foi nos primórdios da República, conforme o testemunho de Rui Barbosa, e durante o Governo Militar, segundo o depoimento de Heleno Cláudio Fragoso, Técio Lins e Silva e de diversos outros operadores do Direito.

Nos períodos de crise, o Superior Tribunal Militar jamais se curvou ou agiu no sentido de agradar o Poder Executivo.

Prova inequívoca disto é que coube a um Ministro Militar, o Almirante José Espínola, nos idos dos anos sessenta, a primazia de conceder liminar num *Habeas Corpus* preventivo. Quando mais tarde, o Supremo Tribunal Federal atuou no mesmo sentido, em *Habeas Corpus* concedido a um Governador na iminência de ser deposto, invocou-se o precedente da Justiça Militar.

III - O princípio da insignificância

1 - Conceito

Alinha-se o Princípio da Insignificância entre os princípios básicos de Direito Penal e, juntamente com o Princípio da Irrelevância Penal do Fato, permite caracterizar os denominados delitos de bagatela.

O Princípio da Insignificância ou de Bagatela, via dogmática mais apropriada para fundamentar a não punibilidade de fato ofensivo ínfimo, pode ser conceituado, segundo o professor Luiz Flávio Gomes, citando Abel Cornejo, como aquele que "permite não processar condutas socialmente irrelevantes, assegurando não só que a Justiça esteja mais desafogada ou bem menos assoberbada, permitindo também que fatos nímios não se transformem em uma sorte de estigma para seus autores. Do mesmo modo abre a porta a uma revalorização do direito constitucional e contribui para que se imponham penas a fatos que merecem ser castigados por seu alto conteúdo criminal, facilitando a redução dos níveis de impunidade.

Aplicando-se este princípio, fortalece-se a função de Administração da Justiça, porquanto deixa de atender a fatos mínimos para cumprir seu verdadeiro papel. Não é um princípio de direito processual, senão de direito penal."

O Princípio da Insignificância apresenta sutil diferença do Princípio da Irrelevância Penal do Fato, embora ambos permitam caracterizar o denominado delito de bagatela, expressão que está a indicar algo minúsculo, *"lana caprina"*, que não deve ser objeto da intervenção penal.

Para diferençá-los, deve-se ter presente que a aplicação do Princípio da Insignificância resulta na exclusão da tipicidade do fato, enquanto que o reconhecimento da incidência do Princípio da Irrelevância Penal do Fato implica a dispensa da pena, em razão de não ser necessário aplicá-la no caso concreto.

Ou em outras palavras, no Princípio da Insignificância, o desvalor do resultado afasta a tipicidade, enquanto que no Princípio da Irrelevância Penal do Fato, além do desvalor do resultado, exige-se, também, o desvalor da ação e da culpabilidade e seu reconhecimento dá causa à dispensa da pena.

2 - Origem

A origem do Princípio da Insignificância revela-se algo controvertida. Diversos autores atestam sua existência no Direito Romano a partir da máxima: *"minima non curat praetor"*.

Outros, baseados no mesmo brocardo, atribuem sua concepção aos Humanistas.

Embora pareça assistir razão àqueles que apontam sua origem no antigo Império Romano, fato é que há algum tempo numerosos autores vêm preconizando sua restauração. Entre esses, citam-se: Carrara, Van Liszt, Quintiliano Saldaña, Roxin, Zaffaroni e outros.

Nos últimos quarenta anos, destacou-se Claus Roxin que, em 1964, expôs suas idéias a propósito da matéria em seu livro traduzido para o espanhol com o título de Política Criminal y Sistema del Derecho Penal.

Em que pese o reconhecimento da destacada atuação desses e de outros doutrinadores, no sentido de restaurar em sua verdadeira dimensão o Princípio da Insignificância, trazemos à colocação o disposto no art. 6º do Código Soviético de 1926, onde se lê, *"in verbis"*:

"... Não se considerará como delito o fato que, não obstante reúna os caracteres formais previstos em algum dos artigos deste código, careça de caráter perigoso pela sua manifesta insignificância e por falta de conseqüências danosas."

Como se depreende, já em 1926, de certa forma, o Código Soviético não apenas reconhecia, como instituía, *"de lege ferenda"*, o Princípio da Insignificância.

IV - Aplicação na Justiça Militar

Ao tratarmos da aplicação deste importante princípio de direito penal na Justiça Castrense, pretendemos enfocar os seguintes aspectos: sua previsibilidade na lei; a conjugação da aplicação dos Regulamentos Disciplinares com a lei substantiva militar; as cautelas inerentes à sua aplicação e, finalmente, a verificação de como vem-se consolidando a Jurisprudência pertinente.

1 - Previsibilidade legal

O nosso Código Penal Militar, aprovado pelo Decreto-Lei nº 1001, de 21 de outubro de 1969, inegavelmente trouxe importantes inovações consideradas bastante avançadas para aquela época.

Entre essas inovações, pontificam as constantes dos seus artigos 209, parágrafo 6º, e 240, parágrafo 1º.

Tais dispositivos prevêem, *"in verbis"*:

"Art. 209 Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

§ 6º No caso de lesões levíssimas, o Juiz pode considerar a infração como disciplinar."

"Art. 240 Subtrair, para si ou outrem, coisa alheia móvel:

1º Se o agente é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, o Juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de 1 a 2/3, ou considerar a infração como disciplinar.

Entende-se pequeno o valor que não exceda a 1/10 a quantia mensal do mais alto salário mínimo do país."

Preconizam alguns mestres do direito, entre os quais desponta o eminente professor Luiz Flávio Gomes, que esses dispositivos constituem exceções ao não reconhecimento normativo explícito do Princípio da Insignificância em nosso ordenamento jurídico.

À luz das sutis diferenças que distinguem o Princípio da Insignificância do Princípio da Irrelevância Penal do Fato, "*data venia*", a nosso sentir, o primeiro desses dispositivos (Art. 209, § 6º, do CPM), em alguns casos, ajusta-se como uma luva ao Princípio da Insignificância, pelo desvalor do resultado, enquanto que o segundo (Art. 240, § 1º, do mesmo *Codex*) melhor se identifica com o Princípio da Irrelevância Penal do Fato, uma vez que, além do desvalor do resultado, exige-se, também, a primariedade do agente.

Releva sublinhar, todavia, que ambos dispositivos não permitem, *a "priori"*, considerar atípica a conduta do agente, de modo a autorizar o arquivamento do IPM ou APF e o conseqüente não recebimento da denúncia, como deveria ocorrer se reconhecida, em sua maior amplitude, a incidência do Princípio da Insignificância.

2 - Regulamentos disciplinares

A correta aplicação dos Regulamentos Disciplinares de nossas Forças Armadas, por si só, permite evitar que o cometimento de determinados delitos de bagatela, em muitas circunstâncias, implique submeter o agente ao constrangimento de ser alvo de uma ação penal na Justiça Castrense.

Isto ocorre porquanto a transgressão disciplinar representa sempre um *"minus"* em relação à infração penal.

Na prática, para que isto aconteça, há que se prestigiar, há que se fortalecer a autoridade e a autonomia dos Comandantes.

A título exemplificativo, examinaremos alguns dispositivos do Regulamento Disciplinar da Aeronáutica.

Vejamos, inicialmente, os artigos 8º e 9º:

"Art. 8º Transgressão disciplinar é toda ação ou omissão contrária ao dever militar, e como tal classificada nos termos do presente Regulamento. Distingue-se do crime militar que é ofensa mais grave a esse mesmo dever, segundo o preceituado na legislação penal militar."

"Art. 9º No concurso de crime militar e transgressão disciplinar, ambos de idêntica natureza, será aplicada somente a penalidade relativa ao crime.

Parágrafo único. A transgressão disciplinar será aplicada para efeito de punição, quando da absolvição ou da rejeição da denúncia na Justiça."

Vale, ainda, transcrever alguns dispositivos do Art. 10, onde se prevê:

"Art. 10 São transgressões disciplinares quando não constituem crime:

4 - deixar de observar as regras de tráfego aéreo;

21 - dirigir-se ou referir-se a superior, de modo desrespeitoso;

59 - fazer uso de psicotrópico, entorpecente ou similar."

Claro está que, em determinadas situações, essas e as demais transgressões disciplinares contidas nos Regulamentos da Caserna podem vir a caracterizar crime militar.

Por exemplo, se o não cumprimento de determinada regra de tráfego aéreo resulta em acidente, implicando perda de vida ou dano ao patrimônio, caracterizada estará a prática de crime; o mesmo ocorrerá com o uso de psicotrópico, entorpecente ou similar, se o fato ocorrer em Organização Militar.

No exercício do seu poder-dever de Polícia Judiciária Militar, cabe aos Comandantes, Chefes e Diretores de Organizações Militares a completa apuração dos fatos e a decisão quanto a aplicação de punição disciplinar ou instauração de Inquérito Policial Militar, ou de ambos, caso se constate a simultânea ocorrência de prática de infração disciplinar e de crime militar de naturezas diversas.

Importante é recordar que, uma vez determinada a instauração de um IPM, não poderá o Comandante ou qualquer outra autoridade que lhe seja superior decidir pelo arquivamento do inquérito, devendo o mesmo ser remetido à Justiça Militar.

Em se tratando de delito de bagatela, poderá o representante do Parquet Militar propor o seu arquivamento, cabendo ao Juiz-Auditor, caso concorde, acatar essa proposta.

3 - Aplicabilidade

A – Cautelas

Devido às peculiaridades da Justiça Penal Castrense, alguns autores, como Jorge Alberto Romeiro e Ricardo Brito de Freitas, entendem que a aplicação do Princípio da Insignificância nesta Justiça especializada exige extrema cautela.

E assim entendem tendo em vista que os bens jurídicos por ela tutelados, máxime a hierarquia e a disciplina, bases de todo estamento militar, não podem ser vulnerados.

À luz desse posicionamento, mesmo nos casos especificados em lei, ou seja, nos supracitados artigos do diploma substantivo castrense, referentes a lesões corporais e furto de coisa de pequeno valor, tanto na primeira instância, como em especial no STM, a aplicação do Princípio da Insignificância vem sendo feita com a devida cautela.

Com efeito, a par de levar-se em conta os princípios básicos de Direito Penal, avalia-se, sobretudo, o dano causado aos bens tutelados pela Justiça Militar.

Por exemplo, no caso de lesões corporais (art. 209, § 6º) envolvendo militares de diferentes círculos, independentemente da gravidade das lesões, não se pode reconhecer a presença do desvalor do resultado e, em conseqüência, admitir a incidência do Princípio da Insignificância.

Nesses casos, há grave ofensa a bens maiores, ou seja, à hierarquia e à disciplina.

Todavia, quando os envolvidos são do mesmo círculo, em especial quando se trata de soldados que estão prestando o serviço militar obrigatório, no caso de lesões levíssimas, levando-se em conta outros fatores, como a primariedade, tem sido reconhecido e aplicado o Princípio da Insignificância.

De outro lado, no tocante à subtração de coisa de pequeno valor de que trata o art. 240, § 1º, há de se levar em conta o critério para avaliar-se o que seja pequeno valor no contexto em que ocorrer a prática do ilícito.

Assim, quando o agente furta dinheiro ou qualquer outra coisa de um companheiro de caserna, deve-se examinar não só o seu valor absoluto como verificar a proporção existente entre o vencimento mensal do ofendido e aquele valor.

Algo aparentemente irrisório para um magistrado pode equivaler à metade ou mesmo a totalidade dos proventos do ofendido.

A par disso, há que se verificar as circunstâncias presentes caso a caso, porquanto, além da quebra da confiança, tão necessária, máxime na vida da caserna, muitas vezes quem subtraiu o bem era o próprio encarregado da fiscalização ou da guarda temporária daquele e de outros bens, pertencentes a seus companheiros.

Nessa hipótese, não há como se falar em delito de bagatela.

B - Inaplicabilidade

Ainda no tocante ao Princípio da Insignificância, pretendem alguns, com fulcro na legislação referente a tóxicos, em particular na recente Lei 11.343, reconhecer sua incidência no caso de posse ou uso de quantidade pequena de substâncias entorpecentes em Organizações Militares.

A jurisprudência do STM e da Suprema Corte, há algum tempo, vem consolidando entendimento em sentido contrário.

Com efeito, a posse ou o uso de tais substâncias por militares, em áreas sujeitas à administração militar, pode trazer nefastas e imprevisíveis conseqüências. Assim, cumpre coibir com rigor esse tipo de delito.

A propósito, vale recordar que bebidas e drogas agem de forma diferente sobre os organismos das pessoas e podem levá-las a condutas extremas, com resultados desastrosos.

Imagine-se, por exemplo, o risco que representa um soldado, ou qualquer outro militar, portando arma de elevado potencial ofensivo e agindo sob o efeito de entorpecentes.

Por último, cabe destacar que não se pode admitir a aplicação do Princípio da Insignificância no caso de prática de qualquer crime propriamente militar.

Inconcebível sua aplicação nos crimes de deserção e de insubmissão, porquanto nesses casos há que se ter presente, em primeiro lugar, o bem jurídico tutelado. E não se trata apenas de zelar pelo cumprimento da Lei do Serviço Militar. Estão em jogo, também, os princípios basilares referentes à hierarquia e à disciplina.

4 - Jurisprudência

Como se afirmou, exige-se ter cautela no que tange à aplicação do Princípio da Insignificância na Justiça Penal Castrense. A jurisprudência que se vai consolidando no STM e no Excelso Pretório corrobora a assertiva de que se deva fazê-lo de forma restritiva, levando-se em conta as peculiaridades da Justiça Militar.

À guisa de exemplo, trazemos à colação alguns julgados.

Apelação (FO) 2004.01.049822-2 - PA

Ementa: Lesão Corporal Levíssima – Art. 209, § 6º, do CPM

Caracteriza-se como levíssima a lesão que não deixa seqüela no ofendido, devendo aplicar-se o Princípio da Insignificância. Em se aplicando o § 6º do Art. 209 do CPM, considerar-se-á a infração como disciplinar.

Embora o acusado não pertença mais ao serviço ativo da Aeronáutica, o tempo de nove dias que ficou preso é suficiente para considerar reparado administrativamente o dano causado. Apelo Ministerial improvido.

Decisão Unânime.

Ministro Relator – Dr. Olympio Pereira da Silva Júnior

Ministro Revisor – Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo

Apelação (FO) 2004.01.049713-7 - RS
Ementa: Furto Atenuado – RESTITUIÇÃO DAS RES FURTIVA – CONDENAÇÃO MANTIDA.
Recursos buscando as absolvições pela incidência do Princípio da Insignificância aliado à circunstância da devolução da res antes da instauração da ação penal. Alternativamente, em sendo mantida a condenação, que seja imposta a audiência admonitória em face da concessão do sursis. Comprovada, inclusive pelas confissões, a consumação do furto pelos Apelantes, quando se encontravam cumprindo escala de serviço, e, após a descoberta da autoria, devolveram o objeto furtado antes de instaurada a ação penal, demonstrando arrependimento.

Apelação (FO) 2004.01.049713-7 - RS
Jurisprudência dominante não acolhendo a tese pertinente ao Princípio da Insignificância ou da bagatela devido à ofensa ao bem jurídico tutelado – hierarquia e disciplina militares.
Incidência da atenuante pertinente ao § 2º, em face do disposto no § 7º, ambos do artigo 240 do CPM, um vez para, mantida a condenação, determinar a imediata realização da audiência admonitória.
Decisão Majoritária.
Ministro Relator – Dr. José Coêlho Ferreira
Ministro Revisor – Ten Brig Ar Marcus Herndl

HABEAS CORPUS 82.324-6 - SP
Ementa: "Habeas Corpus". Crime previsto no art. 12 da Lei 6.363/76. Princípio da Insignificância. Precedentes do S.T.F.
Ainda recentemente, esta Primeira Turma, julgando o HC 81.734, de que foi relator o eminente Ministro Sydney Sanches, com relação a militar que fumava cigarro de maconha em área sujeita a administração militar, não admitiu o Princípio da Insignificância ou crime de bagatela quanto a crime de posse e de uso de substância entorpecente, citando uma série de precedentes desta Corte, antigos e recentes, no sentido de que a pequena quantidade de tóxico encontrada em poder do réu não descaracteriza quer o crime do art. 16 da Lei 6.368/76 (como ocorre no caso presente em que se trata de porte de "crack"), quer o do art. 12 da mesma Lei.

HABEAS CORPUS 82.324-6 - SP
Nesse sentido, os RHCs 51.235 e 45.973, HCs 68.516, 69.806, 71.661, e o RC 108.697.
"Habeas Corpus" indeferido.
Ministro Relator – Dr. Moreira Alves

Apelação (FO) 2003.01.049405-9 - AM
Ementa: DESERÇÃO. I – Preliminar suscitada pela Defesa, de aplicação da Lei nº 10.259/01 à Justiça Militar da União, rejeitada, dado que o referido Diploma Legal é dirigido, especificadamente, na parte que foi levantada, aos crimes de menor potencial ofensivo cujo processo e julgamento compete à Justiça Federal Comum. II – No mérito, inaplicável o Princípio da Insignificância em crimes contra o Serviço Militar em face da relevância do bem jurídico atingido. Inocorrente, na espécie, o estado de necessidade exculpante. III – Recurso improvido por decisão uniforme.
Ministro Relator – Gen Ex Hermes Rego Miranda
Ministro Revisor – Dr. Flávio Flores da Cunha Bierrenbach

5 - Conclusão

A elaboração das leis deve fundamentar-se na realidade fática, no tempo social vivenciado pelo povo, afastando-se o idealismo utópico, de que nos fala Oliveira Vianna.

Embora não se possa evitar a aplicação de penas como resposta a determinados delitos, isto não equivale a encarcerar os delinqüentes com propósito meramente vingativo.

Ao buscar a melhor compreensão da matéria, incursionamos brevemente, na Justiça Castrense da União, recordando as origens do direito penal militar, sua evolução nas civilizações clássicas, com ênfase na antiga Roma, passando pela Idade Média e atingindo o período de dominação da Península Ibérica pelos visigodos.

Examinamos o surgimento dos primeiros diplomas legais em Portugal por meio das Forais e posteriormente das Ordenações, constatando que as últimas, as Filipinas, vigoraram por mais de duzentos anos, e no Brasil, no tocante ao Direito de família, até 1916, quando se editou o Código Civil.

Pudemos, também, constatar os diplomas legais aplicáveis na Justiça Castrense à época do Brasil Colônia, no Império e na República, desde seus primórdios até os dias atuais.

Do ponto de vista da organização da Justiça Militar em nosso País, retrocedemos à chegada da família Real Portuguesa ao Brasil, fato marcante do ponto de vista político, econômico e social, que, entre outras memoráveis conseqüências, implicou a criação do Conselho Supremo Militar e de Justiça por intermédio de Alvará com Força de Lei de 1º de abril de 1808, da lavra do Príncipe Regente D. João.

Verificamos, ainda, como evoluiu a Organização de nossa Justiça Militar a partir da Constituição Republicana de 1891, passando pela Carta Magna de 1934, cujos constituintes decidiram inseri-la no Poder Judiciário, onde se encontra até hoje, sendo composta pelo Superior Tribunal Militar, pelos Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei, conforme dispõe o art. 122 da Constituição Federal.

Destacamos a importância e as vantagens inerentes ao escabinato, mormente a nível do Superior Tribunal Militar, porquanto ele permite aliar a experiência de Chefes Militares, que atingiram o ápice da carreira de Oficial, ao notório conhecimento jurídico dos ministros civis.

Examinamos, em breve síntese, a organização, competência e funcionamento da primeira instância, através das Circunscrições Judiciárias Militares e das respectivas Auditorias, onde funcionam os Conselhos Permanentes e Especiais de Justiça.

Com justo orgulho, sublinhamos a meritória atuação da Justiça Militar que, ao longo de seus duzentos anos de existência, vem honrando seu compromisso com a verdade, observando o devido processo legal e procurando imprimir a maior celeridade possível ao julgamento dos feitos de sua competência.

Em particular, o Superior Tribunal Militar tem sido alvo de incontáveis elogios de renomados juristas desde os primórdios da República, conforme testemunho de Rui Barbosa, e no período dos Governos Militares, segundo depoimento de Heleno Cláudio Fragoso e de Técio Lins e Silva.

Adentrando o fulcro da questão, qual seja a aplicação do Princípio da Insignificância na Justiça Penal Castrense, recordamos seu conceito, bem como a sutil diferença existente entre ele e o Princípio da Irrelevância Penal do Fato, embora ambos permitam caracterizar os denominados delitos de bagatela.

Constatamos, então, que, segundo o Princípio da Insignificância, o desvalor do resultado afasta a tipicidade, enquanto que, na aplicação do Princípio da Irrelevância Penal do Fato, além do desvalor do resultado, exige-se o concomitante desvalor da ação e da culpabilidade e seu reconhecimento da causa à dispensa da pena.

Quanto à sua origem, cabe recordar que paira controvérsia. De um lado alguns autores, com espeque na máxima "*minima non curat praetor*", atestam sua existência no Direito Romano. Outros, baseados no mesmo brocardo, atribuem-na aos humanistas.

Pondo de lado essa controvérsia, fato é que, há alguns anos, inúmeros autores vêm preconizando sua restauração. Entre esses alinham-se Carrara, Von Liszt, Roxim, Zaffaroni e outros.

Em que pese a validade dos argumentos dos renomados mestres, verdade é que o Princípio da Insignificância não conta com o reconhecimento formal em nosso direito positivo.

A exceção à regra deve-se ao Código Penal Militar, como sublinha o Professor Luiz Flávio Gomes, citando o art. 209, § 6º, e o art. 240, § 1º, desse Codex.

Não obstante, ao cogitar da aplicação do princípio em tela, há que se atentar para diversos aspectos entre os quais sobressaem as peculiaridades da caserna, com ênfase na hierarquia e na disciplina, valores essenciais à organização e à própria sobrevivência das Forças Armadas.

Deve-se observar, também, que, além do Código Penal Militar, existem outros dispositivos legais aplicáveis aos militares, entre os quais sobressaem os Regulamentos Disciplinares de cada uma das Forças Armadas.

A correta aplicação dos Regulamentos Disciplinares, de per si, permite evitar que o cometimento de determinados atos, que poderiam ser considerados delitos de bagatela, implique submeter o agente ao constrangimento de ser alvo de uma Denúncia em juízo, ou da instauração de uma Ação Penal.

Devido a essas circunstâncias e sobretudo às peculiaridades da Justiça Penal Castrense, alguns autores, como Jorge Alberto Romeiro e Ricardo Brito de Freitas, entendem que a aplicação do Princípio Insignificância nesta Justiça Especializada exige extrema cautela.

Esse entendimento baseia-se no fato de que a hierarquia e a disciplina, bens jurídicos por ela tutelados, não podem ser vulnerados.

Em razão disso, no caso de lesões corporais (art. 209, § 6º, do CPM), envolvendo militares de diferentes graus hierárquicos, independemente da gravidade das lesões, não se pode aceitar que o desvalor do resultado afaste a tipicidade.

No tocante à subtração de coisa móvel de pequeno valor, há que se atentar para dois aspectos: a aferição do valor deve ser feita no contexto em que ocorreu o ilícito, considerando o soldo do ofendido e a situação do agente no momento do furto, porquanto muitas vezes trata-se de militar de serviço e "*ipso facto*" obrigado a zelar pelo bem de que se apropriou.

De outro lado, não há que se cogitar de aplicar o princípio em tela nos casos de uso ou posse de substâncias entorpecentes, muito menos de pretender fazer valer na caserna dispositivos contemplados em leis extravagantes como a Lei nº 11343.

Nesse particular, remansosa é a jurisprudência do Superior Tribunal Militar e do Excelso Pretório, conforme bem demonstram os Acórdãos trazidos à colação.

Em face de todo o exposto, em síntese, pode-se afirmar que a aplicação do Princípio da Insignificância na Justiça Penal Castrense, devido às peculiaridades, deve ser feita de forma restritiva, observadas as indispensáveis cautelas para não vulnerar a hierarquia e disciplina; mesmo porque, pequenas infrações podem ser punidas disciplinarmente e, portanto, não devem ser objeto de Inquéritos Policiais Militares.

Fontes Bibliográficas

1. LOUREIRO NETO, José da Silva - DIREITO PENAL MILITAR. São Paulo: Editora Atlas, 3ª edição.

2. GUSMÃO, Crisólito de - DIREITO PENAL MILITAR. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos - Editor, 1915.

3. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa - PROCESSO PENAL. Editora Saraiva, 1º volume, 1ª edição.

4. CORREA, Getúlio - DIREITO MILITAR - HISTÓRIA E DOUTRINA. Florianópolis: AMAJME, 2002.

5. BERISTAIN, Antonio - NOVA CRIMINOLOGIA - À LUZ DO DIREITO PENAL E DA VITIMOLOGIA - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

6. CORNEJO, Abel - TEORIA DE LA INSIGNIFICÂNCIA, Buenos Aires, AD-HOC, 1979.

7. ROXIN, Claus - POLÍTICA CRIMINAL Y SISTEMA DEL DERECHO PENAL, Barcelona, Bosch, 1972.

8. TOLEDO, Francisco de Assis - CURSO DE DIREITO PENAL MILITAR. 5ª Edição, São Paulo, Saraiva, 1974.

9. ROMEIRO, Jorge Alberto - CURSO DE DIREITO PENAL MILITAR. Saraiva, São Paulo, 1994.

10. FREITAS, Ricardo de Brito A. P. - REVISTA DA FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Revista Semestral, Brasília, Jul/Dez de 1995.

11. GOMES, Luiz Flávio - DELITO DE BAGATELA: PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA E DA IRRELEVÂNCIA PENAL DO FATO. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, 2001.

As Forças Armadas na Constituição Federal

Ives Gandra da Silva Martins*

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

As Forças Armadas são constituídas pelas três Armas, a saber: a Marinha, o Exército e a Aeronáutica, sendo os maiores contingentes aqueles do Exército. São instituições nacionais permanentes e regulares, vale dizer, seus membros não são convocados nem seus órgãos organizados apenas em momentos de comoção interna ou de conflito externo.

As características maiores das Forças Armadas são a rígida disciplina e a hierarquia rigorosa, não cabendo a seus integrantes qualquer veleidade opinativa contra as determinações ou as pessoas de seus superiores, mesmo após estarem na reserva. Em outras palavras, os oficiais da reserva não podem fazer críticas aos oficiais da ativa, podendo ser punidos.

À evidência, tal extensão não atinge o serviço militar obrigatório, visto que as pessoas que prestaram serviço militar na condição de convocados não pertencem às forças regulares e, por essa razão, após deixarem o Exército, a Marinha ou a Aeronáutica, são livres no externar suas críticas e seus pontos de vista.

Quem comanda as Forças Armadas é o Presidente da República. É a autoridade suprema. Todos os comandantes das três Armas, assim como o Ministro da Defesa, são-lhe subordinados, podendo o Presidente nomeá-los livremente, respeitando, como determina a Constituição, a hierarquia. Não poderá nomear um General de Divisão para Comandante do Exército, nem um Vice-Almirante para Comandante da Marinha, por ferir a escala hierárquica a que se refere a Lei Maior.

As Forças Armadas destinam-se à defesa da pátria, em primeiro lugar. É a sua feição maior. Historicamente, desde as primitivas eras, as forças militares objetivavam, nos velhos impérios orientais (da China até o complexo de civilizações do próximo Oriente), a conquista ou a defesa.

Principalmente após os romanos, tal missão do exército ficou bem clara, visto que, pela primeira vez, utilizaram-se do direito como instrumento de conquista, aplicando-o durante os dois mil e cem anos de seu domínio (754/3 a.C. a 1453 d.C.).

A segunda grande missão das Forças Armadas é a garantia que ofertam aos poderes constitucionais, o que vale dizer, se o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição, quem garante os poderes constituídos são as Forças Armadas. Quando Nélson Hungria, desconsolado, no golpe de estado que derrubou Café Filho, disse que o Supremo Tribunal Federal era um arsenal de livros, e não de tanques – e, por isso, nada podia fazer para garantir o governo, podendo apenas mostrar uma realidade, qual seja, a de que sem a garantia das Forças Armadas não há poderes constituídos –, definiu os verdadeiros papéis das duas instituições.

Por fim, cabe às Forças Armadas assegurar a lei e a ordem sempre que, por iniciativa de qualquer dos poderes constituídos, ou seja, por iniciativa dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário, forem chamadas a intervir.

---

* Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIFMU, UNIFIEO, UNIP e das Escolas de Comando e Estado Maior do Exército-ECEME e Superior de Guerra-ESG, Presidente do Conselho Superior de Direito da Fecomercio e do Centro de Extensão Universitária - CEU.

Nesse caso, as Forças Armadas são convocadas para garantir a lei e a ordem, e não para rompê-las, já que o risco de ruptura provém da ação de pessoas ou entidades preocupadas em desestabilizar o Estado.

§ 1º Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas.

As normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e emprego das Forças Armadas devem ser veiculadas por lei complementar.

A lei do serviço militar é de 1964 (Lei n. 4.375, de 17-8-1964) e seu regulamento data de 20-1-1966, tendo sido veiculado pelo Decreto n. 57.684.

Por outro lado, a Lei n. 8.239/91 cuida de aspectos referentes às Forças Armadas, mas não é a lei a que se refere o § 1 º.

A Lei Complementar n. 97, de 9 de junho de 1999, é aquela a que se refere o constituinte e que cuida da organização, preparação e emprego das Forças Armadas.

É de se lembrar que, pela Emenda Constitucional n. 23/99, foi criado o Ministério da Defesa para conjugar as três Armas.

Nada obstante o constituinte ter colocado o verbo estabelecer no futuro, a organização das Forças Armadas já estava disciplinada antes da Lei Complementar n. 97, de acordo com a legislação então em vigor.

O mesmo se diga quanto ao preparo das Forças Armadas. As Academias militares não só estão organizadas com um currículo de formação dos seus aspirantes como mantêm cursos superiores, como ocorre com a Marinha (Escola de Guerra Naval), a Aeronáutica e o Exército (Escola do Comando e Estado Maior do Exército).

É de se lembrar que toda a preparação militar até 1955 – e a Escola do Comando e Estado Maior do Exército tem noventa anos – era copiada de países como França, Inglaterra e Estados Unidos. A partir daquele ano, passou a Escola de Comando e Estado Maior do Exército a desenvolver suas próprias teorias de comando e de preparo, hoje seguidas por diversos países da América Latina, que enviam seus oficiais a assistirem a cursos pela Escola ministrados.

Por fim, o emprego das Forças Armadas, isto é, as hipóteses em que seus contingentes devem ser utilizados, também já estava regulado por legislação pretérita recepcionada.

É de se lembrar que o constituinte optou pela lei complementar a fim de que a maioria do Congresso decida. Altamente influenciada pelas correntes ideológicas de esquerda e composta por parlamentares ainda receosos da Revolução de 1964, a que se opuseram até por meio de guerrilhas, tendo sido exilados, a constituinte preferiu adotar um veículo legislativo que exija quorum qualificado para subordinar o perfil jurídico das Forças Armadas inteiramente à definição do Legislativo.

§ 2º Não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares.

O *habeas corpus* é uma das grandes conquistas do direito penal. Houve tempo em que era utilizado para gerar, inclusive, os mesmos efeitos que o mandado de segurança. Na Constituição de 1891, os dois remédios extremos foram criados para evitar abusos e arbitrariedades autoridades, o primeiro garantindo o direito de ir e vir, e o segundo, quaisquer outros direitos não garantidos pelo habeas corpus. Foram chamados "remédios heróicos", e sua integração no sistema jurídico é um dos sintomas da existência do regime democrático.

À evidência, o maior direito do homem depois da vida é a liberdade, razão pela qual há doutrinadores que, reconhecendo a importância do mandado de segurança, cujos primeiros antecessores datam da Renascença, dão maior relevância ao habeas corpus, visto que é ele que garante o direito de ir e vir às pessoas.

Não é argumento definitivo, mas relevante, que sua enunciação na Constituição Federal surja antes daquela do mandado de segurança, estando os incs. LXVIII, LXIX e LXXII do art. 5° assim redigidos:

> *"LXVIII – conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;*
>
> *LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;*
>
> *LXXII conceder-se-á habeas data:*
>
> *a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;*
>
> *b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo".*

Tendo essa importância, é de se perguntar por que, em relação às punições disciplinares militares, não caberia habeas corpus.

De início, pela escolha da profissão. Sabem, aqueles que elegem a carreira das Armas, que a hierarquia e a disciplina são os alicerces da organização das Forças Armadas e que tais hierarquia e disciplina não permitem que se discutam ordens ou se interpretem, com elasticidade, as instruções superiores. A carreira das Armas é, fundamentalmente, uma carreira da ordem e da obediência. Só os militares poderão compreender em profundidade os militares porque têm a mesma vocação.

Por essa razão, há tribunais próprios para os militares, não sendo, em hipótese alguma, julgados pela justiça comum, a não ser que cometam crimes comuns fora de suas funções, pois até estes, se cometidos no exercício da função, serão julgados pela justiça militar.

Ora, permitir habeas corpus sempre que infração disciplinar militar seja cometida ou punição seja aplicada é retirar a força da hierarquia e da disciplina das Forças Armadas.

Um militar, ao seguir sua carreira, já conhece suas limitações, não podendo sequer continuar na ativa se, com menos de dez anos de serviço, se candidatar a cargo eletivo ou, com mais de dez anos, for eleito. Não pode expressar livre e publicamente suas opiniões políticas, pois a ele cabe garantir a liberdade de expressão, devendo-se subordinar à hierarquia. E, se estando na reserva, expressar opiniões críticas a respeito de outros militares, pode, inclusive, ter de cumprir pena disciplinar de detenção.

À evidência, se houvesse a possibilidade de habeas corpus, sempre que uma punição disciplinar fosse aplicada – e elas são comuns sob a modalidade de privação da liberdade por espaços curtos de tempo, 30, 60 dias –, a espinha dorsal da obediência, da ordem, da disciplina e da hierarquia poderia ser atingida, mesmo que só à justiça militar fosse atribuída competência para a concessão do remédio extremo.

Para evitar qualquer dúvida, o legislador supremo houve por bem impor a restrição, retirando o direito do habeas corpus às punições disciplinares.

É de se lembrar, finalmente, que o art. 42 da Constituição Federal equiparou os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares aos militares, tendo a seguinte redação:

> *"Art. 42. Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.*
>
> *§ 1º Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8.°; do art. 40, § 9.°; e do art. 142, § 2.° e 3.°, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3•0, X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores.*

§ 2.° Aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios e a seus pensionistas, aplica-se o disposto no art. 40, § 7.° e 8°".

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

(Acrescentado pela EC n. 18, de 5-2-1998.)

O § 3º foi acrescentado pela Emenda Constitucional n. 18, de 1998. O art. 2° da referida emenda, em seu caput, fez constar o seguinte:

"A Seção II do Capítulo VII do Título III da Constituição passa a denominar-se 'Dos Servidores Públicos' e a Seção III do Capítulo VII do Título III da Constituição Federal passa a denominar-se 'Dos Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios', dando- se ao art. 42 a seguinte redação:...".

O dispositivo claramente reforça o aspecto diferencial das Forças Armadas em relação aos participantes das forças de segurança pública, de resto, princípio que já constava do texto de 1988, visto que o "regime constitucional das crises" é dividido em quatro partes (Estado de Defesa, de Sítio, Forças Armadas e Segurança Pública).

A denominação "militares", que sempre foi a utilizada para as Forças Armadas, passa a ser consagrada em virtude de norma constitucional, técnica que rechaça a possibilidade de a lei fazer constar qualquer outra denominação para identificar os membros das Forças Armadas. São militares e exclusivamente militares.

O dispositivo faz menção, por outro lado, a dois tipos de normas a que estão subordinados, ou seja, aquelas, de natureza constitucional, explicitadas nos dispositivos seguintes, e outras, de natureza ordinária, que são fixadas em lei. Estas, integrando plano inferior na hierarquia dos atos legislativos, não podem conflitar com as normas da Lei Maior.

A Emenda Constitucional n. 23/99, por outro lado, criou o Ministério da Defesa, cujo comando supremo pode ser tanto de um civil quanto de um militar. A pergunta que se faz é a seguinte: o ministro da Defesa, que comanda as Forças Armadas e os comandantes das três Armas, terá de ser, também, denominado "militar"? É um membro das Forças Armadas, porque é quem as dirige. Seu Ministério é exclusivamente um Ministério das Forças Armadas. E pode ser um civil.

A Emenda Constitucional n. 18, portanto, criou uma denominação para as Forças Armadas certamente inaplicável ao chefe dos três comandos militares, que, se for um civil, não poderá nunca ser chamado de militar.

Quanta incoerência de uma prolixa Constituição....

I – as patentes, com prerrogativas, direitos e deveres a elas inerentes, são conferidas pelo Presidente da República e asseguradas em plenitude aos oficiais da ativa, da reserva ou reformados, sendo-lhes privativos os títulos e postos militares e, juntamente com os demais membros, o uso dos uniformes das Forças Armadas;

(Acrescentado pela EC n. 18, de 5-2-1998.)

O elemento diferencial dos militares que compõem as Forças Armadas está na sua hierarquia, prerrogativas, direitos e deveres, sendo que os oficiais que sejam da carreira militar têm as patentes que competem ao seu grau hierárquico concedidas pelo Presidente da República.

O dispositivo é claro em definir a importância da carreira militar. Os direitos e deveres não são apenas aqueles constantes dos arts. 142 e 143 da Constituição Federal, mas de toda a legislação infra-constitucional e dos códigos disciplinares e de honra da profissão adotada. E, à evidência, há prerrogativas decorrentes da função militar exclusivas dos militares, os únicos a poderem delas se beneficiar.

As patentes, que são concedidas pelo Presidente da República, implicam o gozo das prerrogativas inerentes a elas, assim como asseguram os direitos e deveres decorrenciais,

lembrando-se que não a perdem os oficiais reformados e da reserva que mantêm os títulos e os postos militares a que chegaram. A Constituição assegura, inclusive, o uso de uniformes das Forças Armadas em cerimônias oficiais.

O texto constitucional é claro em garantir o uso do uniforme de acordo com a patente, em tais cerimônias, mesmo aos oficiais da reserva e aposentados, pois não distingue uns e outros, não podendo a legislação infraconstitucional restringir tal direito. Tenho para mim que a "dicção" final do dispositivo é dedicada aos oficiais da reserva ou reformados, pois a expressão juntamente com os demais membros admite a leitura de que tanto os oficiais da reserva ou reformados como os da ativa podem usar suas patentes, títulos e uniformes, sem limitação.

Pode haver, entretanto, uma segunda leitura, ou seja, a de que os oficiais e os demais membros, que seriam os soldados e as autoridades inferiores não egressas das Academias Militares, têm a prerrogativa de usar uniformes militares.

Por fim, apesar de o Presidente da República ser o chefe das Forças Armadas e o ministro da Defesa dirigir os comandantes militares, se não forem oficiais, não deveriam usar nem os uniformes nem se auto-outorgarem títulos e postos que são conquistados nas Academias Militares.

> *II – o militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente será transferido para a reserva, nos termos da lei;*
>
> *(Acrescentado pela EC n. 18, de 5-2-1998.)*

O dispositivo vem tornar norma constitucional princípio que já prevalecia na carreira militar. Essa carreira exige dedicação exclusiva, não podendo ser confundida com as dos demais servidores públicos da União.

Eu, pessoalmente, posicionei-me contra a criação do Ministério da Defesa, pois o civil que venha a ocupá-lo conhecerá menos de sua pasta do que qualquer um dos comandantes ou dos oficiais superiores que galgaram os vários postos da carreira. Quem sabe menos termina comandando mal aqueles que sabem mais. Considerei, pois, um equívoco a sua criação, inspirada por esquerdistas e americanos, os primeiros, com receio de que, em crise nacional, pudessem os militares reeditar o regime de exceção; os segundos, para enfraquecer a força dos militares, pois se consideram cada vez mais senhores do universo e com titulação auto-outorgada do direito de ingerência sobre os países emergentes.

O certo é que o militar segue carreira estritamente técnica, que exige dedicação integral, de um lado, e conhecimentos do setor de elevado nível, de outro.

Nada mais natural que essa dedicação seja total.

O dispositivo, portanto, consagra, em nível constitucional, a exigência dessa dedicação, não permitindo que possa continuar na ativa se assumir cargo ou emprego público civil de caráter permanente.

Em outras palavras, o militar que optar por um emprego civil público permanente ou cargo de igual perfil terá de ser automaticamente passado para a reserva, deixando, definitivamente, a ativa.

Parece-me salutar o princípio, na medida em que os servidores públicos ou são civis ou militares, e a escolha de emprego público civil permanente nitidamente atingiria a qualidade do serviço militar.

Para evitar descuidos, concessões políticas, tentações de cargos civis relevantes, o constituinte preferiu consagrar a vedação na Lei Suprema, objetivando exigir uma opção vocacional do militar. Se desejar atuar na área civil, deverá deixar de ser militar na hora, embora conserve as prerrogativas da reserva.

> *III – o militar da ativa que, de acordo com a lei, tomar posse em cargo, emprego ou função pública civil temporária, não eletiva, ainda que da administração indireta, ficará agregado ao respectivo quadro e*

somente poderá, enquanto permanecer nessa situação ser promovido por antigüidade, contando-se-lhe o tempo de serviço apenas para aquela promoção e transferência para a reserva, sendo depois de 2 (dois) anos de afastamento, contínuos ou não, transferido para a reserva, nos termos da lei;
(Acrescentado pela EC n. 18, de 5-2-1998.)

O inciso III oferta um regime jurídico constitucional mais elástico para a carreira militar.

Se um militar da ativa tomar posse em cargo, emprego ou função pública civil temporária – não eletiva –, mesmo que não seja da administração direta, mas sim da indireta, não passará para a reserva.

Nesse caso, ele ficará agregado ao quadro civil a que estiver servindo, não podendo ser promovido por merecimento.

Sua promoção dar-se-á exclusivamente por Antigüidade, sendo que o tempo de serviço na carreira será contado somente para efeitos de promoção e reserva.

Passado o período de dois anos de afastamento, será transferido imediatamente para a reserva.

O afastamento poderá ser contínuo ou não, o que vale dizer, se o militar exercer, em três momentos de sua carreira, função pública civil, esses períodos serão somados, e quando o somatório ultrapassar dois anos, será automaticamente transferido para a reserva.

O dispositivo constitucional faz menção a que isso se dará nos termos da lei. Em outras palavras, é um dispositivo de eficácia contida, na visão de José Afonso da Silva. Se não houver lei, o dispositivo constitucional será de eficácia plena, passando a ter sua eficácia contida somente após a lei e nos termos desta.

A lei, de qualquer forma, não pode criar exceções à norma constitucional que esta não comporte.

Pessoalmente, considero que a eficácia contida ocorre sempre que a norma constitucional é programática, dependendo de implantação infraconstitucional, não sendo, todavia, a minha visão do que seja "norma com eficácia contida", de aceitação entre os constitucionalistas, com o que resto vencido, mas não convencido.

Deve-se lembrar que os cargos eletivos não permitem que o militar continue na ativa. Por outro lado, é de se entender que, numa concepção ampla da administração indireta, seja ela abrangente não só das autarquias, empresas públicas e fundações, mas também das sociedades de economia mista e das próprias sociedades anônimas do governo, que não tenham o perfil de sociedades de economia mista. Como aquelas em que o governo é minoritário.

IV – ao militar são proibidas a sindicalização e a greve;
(Acrescentado pela EC n. 18, de 5-2-1998.)

A sindicalização e a greve são proibidas para os militares.

O dispositivo parece-me salutar.

A sindicalização não tem sentido. Os militares representam a categoria de servidores públicos de maior relevância para o País, pois encarregados da proteção da pátria.

Se, de um lado, todos os demais servidores são importantes, nenhum deles se reveste, nos momentos de crises internas ou internacionais, da importância do militar em um mundo que ainda não abandonou o recurso extremo da guerra, havendo, no ano 2007, inúmeros focos de conflitos armados entre as nações e dentro delas permanecendo, a categoria é fundamental.

Em meu livro "Desenvolvimento econômico e segurança nacional – Teoria do limite crítico" fiz um levantamento da história humana a partir das guerras, mostrando que, mesmo na época da Pax Romana, havia guerras de fronteira e inúmeros conflitos na Ásia. Certamente as haveria também na África e na América, dados, todavia, que, à falta de documentos, não me foi possível levantar. Permitir a sindicalização seria, portanto, admitir que os "sindicalistas" pudessem impor às Forças Armadas seus pontos de vista e reivindicações, em detrimento do interesse nacional.

Quem escolhe a carreira das armas sabe, de antemão, que não poderá sindicalizar-se, até por respeito à hierarquia, condição fundamental para que haja ordem e comando nas Forças Armadas.

A greve, em momento de crise institucional ou de ameaça externa, poderia, inclusive, colocar em risco toda a nação, por falta de defesa.

O princípio constitucionalizado já era, todavia, vivido pelas Forças Armadas, com o que o texto constitucional apenas o consagrou nesse nível, para eficiência da classe militar e segurança do País.

E a consagração foi útil, visto que o movimento para enfraquecimento das Forças Armadas, que culminou com a criação do Ministério da Defesa, poderia também ser deflagrado no seio da gente castrense e terminar em seu enfraquecimento.

A constitucionalização do princípio já vivido pelas Forças Armadas parece-me, pois, de cautela e relevância.

> *V - o militar enquanto em serviço ativo, não pode estar filiado a partidos políticos*
> *(acrescentado pela EC n. 18, de 5/2/1998).*

A política e a carreira militar são incompatíveis. A missão maior do militar é a de preservar a pátria contra o inimigo externo. A do político é a de dirigir o País, convivendo com as oposições, nos regimes democráticos. O militar deve ser neutro em relação à política.

O dispositivo, todavia, objetiva tornar constitucional a vedação aos militares de seguir a carreira política.

Em verdade, algum receio dos políticos, que hoje são governo, ainda existe em relação aos militares. O governo, no momento em que redijo este artigo, é um governo de esquerda (Lula), mas, em relação aos militares, os atuais dirigentes brasileiros, inclusive alguns ministros, foram perseguidos durante o regime militar (1964-1985).

Esta é a razão pela qual não desejam que os militares participem da política, inclusive tirando-lhes o "status" de ministros, com o que não participam, sequer, das reuniões ministeriais, sendo representados por um civil (o ministro da Defesa). Tal erro, todavia, teve origem no governo anterior.

Em minha opinião, cometeram um erro de avaliação, na medida em que o perfil dos militares de hoje é diferente do perfil dos militares de 64. Estes acreditavam que sua função residia em intervir nas crises nacionais, o que fizeram em face do caótico governo de João Goulart.

Pensavam os militares, naquela época, que sua função não era apenas a de preservar a nação contra o inimigo externo, mas evitar a deterioração do cenário político nacional, em face da incompetência dos que dirigiam o País.

A dura lição dos vinte e um anos de controle, inclusive tendo sido eles próprios que propiciaram, sem derramamento de sangue, a volta à democracia, mudou a concepção dos militares sobre o País e sobre a sua participação na política.

Hoje entendem que sua função é preservar a nação, mas cabe aos políticos solucionar os problemas de governabilidade, pelos mecanismos democráticos, sendo eles os responsáveis por criar as soluções, muito embora, desde 2005, a degradação dos costumes políticos no país vem num "crescendo" alarmante.

Como já disse, o militar atual tem um perfil diferente daquele de 64. Entende que sua função é diversa da do político, razão pela qual a disposição constitucional seria despicienda, pois tem consciência de que as crises políticas e militares são diversas.

O certo é que, hoje, constitucionalmente, o País não admite que o militar interfira na política.

> *VI – o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra;*
> *(Acrescentado pela EC n. 18, de 5-2-1998.)*

A perda de posto e da patente é sempre uma punição. É que a reforma ou a reserva não provoca a perda de posto e da patente, conforme determina o inciso 1 do parágrafo em comento.

A dupla perda é uma punição que poderá ocorrer em duas hipóteses, ou seja, se o comportamento do oficial for considerado indigno com relação à corporação e à sociedade, ou se for ele incompatível com a maneira de ser da vida militar.

Nitidamente, as duas hipóteses têm relevância diversa, mas acarretam a mesma pena.

Ser julgado indigno pela corporação é pior do que ter uma ação incompatível com a corporação. A indignidade é comportamento que gera maior repúdio da instituição, embora a incompatibilidade acarrete a impossibilidade de convivência, mesmo que não seja decorrente de comportamento indigno. Todo comportamento indigno é incompatível com a corporação, mas nem todo comportamento incompatível é indigno.

A perda do posto e da patente será decretada pelo Tribunal Militar permanente, cuja competência constitucional está no capítulo Do Poder Judiciário (arts. 122 a 124).

O direito à ampla defesa, expresso no art. 5.°, LV, assim como ao devido processo legal (inciso LIV), e o de não ser considerado culpado senão com o trânsito em julgado da decisão (inciso LVII) garantem ao acusado a certeza de que terá todos os meios para demonstrar sua inocência, se realmente inocente for.

Em tempo de guerra, não será o Tribunal Militar permanente que examinará o comportamento do oficial acusado, mas um tribunal especial criado para enfrentar os imprevistos da guerra. E tais tribunais têm regras próprias para decidir, pois suas decisões devem ser rigorosas e exemplares. Nem por isso os princípios que garantem a ampla defesa poderão ser afastados.

> *VII – o oficial condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a 2 (dois) anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior, (Acrescentado pela EC n. 18, de 5-2-1998.)*

A pena maior a que pode ser submetido o militar de carreira é aquela do inciso anterior, ou seja, a perda da patente e do posto por condenação do tribunal militar permanente, em tempo de paz, ou especial, em tempo de guerra.

Apenas em casos de falta gravíssima, portanto, podem os militares de carreira perder suas patentes e postos.

A hipótese do inciso VII é de menor gravidade, se a pena privativa de liberdade for inferior a dois anos, visto que não serão acionados os tribunais militares para a imposição da pena da perda das insígnias militares a que se refere o inciso VI.

Pressupõe-se que a pena privativa de liberdade inferior a dois anos ou até dois anos implique falta que, mesmo que imposta pela Justiça Militar – pode ser imposta pela justiça comum –, não seria de tal monta e importância a ponto de levar o condenado à perda da patente ou cargo, a não ser que configurando casos de incompatibilidade e indignidade para com a corporação.

No momento, entretanto, em que a pena imposta pelo tribunal militar ou civil superar dois anos, tendo a sentença transitado em julgado, cria-se uma terceira hipótese para a possibilidade de perda do cargo ou da patente, a ser decidida pelo tribunal permanente ou especial, sempre com ampla defesa assegurada.

É de se ressaltar que o parágrafo não se refere às hipóteses de "compatibilidade" ou "indignidade", mas apenas de condenação superior a dois anos, porque a "incompatibilidade" ou "indignidade" podem ocorrer sem qualquer condenação anterior e sem que haja a caracterização de um crime comum ou punível com a perda de liberdade. Não será fácil, todavia, encontrar atos de indignidade e incompatibilidade que não impliquem, também, crimes comuns ou militares.

O que há de se ressaltar é a rigidez dos princípios, na medida em que a carreira militar, devendo pautar-se pelos atributos de dignidade e de amor à pátria, deve ser integrada por homens com conduta acima de qualquer suspeita, pois dispostos a perder a vida pela nação. Não comportaria, portanto, pessoas que não preenchessem tal perfil.

VIII – aplica-se aos militares o disposto no art. 7.°, VIII, XII, XVII, XVIII, XIX, e XXV e no art. 37, XI, XIII, XIV e XV, (Acrescentado pela EC n. 18, de 5-2-1998.)

O dispositivo refere-se ao direito dos militares às garantias sociais e administrativas colocadas nos arts. 7.°, VIII, XII (com a redação dada pela EC n. 20, de 15-12-1998), XVII, XVIII, XIX e XXV, e 37, XI, XIII, XIV e XV, estes últimos com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, como, de resto, o foram todos os novos dispositivos que comentei da Emenda Constitucional n. 18, de 5 de fevereiro de 1998. Dizem respeito a direito do trabalho e a direito administrativo.

Os vícios mencionados no dispositivo que ora comento referem-se respectivamente às garantias de trabalho, salário, salário-família, férias anuais remuneradas, licença à gestante, licença-paternidade, assistência gratuita a filhos e dependentes em creches, assim como à remuneração e subsídios, vedação de vinculação de espécies remuneratórias para o serviço público, vedação de acréscimos pecuniários para fins de vinculação e irredutibilidade de subsídios e vencimentos.

Como se percebe, aqueles direitos sociais e as garantias administrativas foram assegurados constitucionalmente aos militares, embora já o fossem pela legislação infraconstitucional. O status constitucional atribuído a tais garantias não representa que não possam ser alteradas no futuro. Embora tenha defendido no passado que os direitos sociais seriam direitos individuais, em face da orientação pretoriana, acatei a tese da interpretação restritiva da cláusula pétrea consubstanciada no inciso IV do § 40 do art. 60 da Constituição Federal.

Os direitos individuais são aqueles do art. 5.° e outros que tenham tais perfis, sendo que os direitos políticos e sociais só serão considerados cláusulas pétreas quando se revestirem do perfil de direitos individuais. Assim, nem todos os direitos sociais plasmados na Constituição podem ser tidos como individuais.

Os direitos mencionados no inciso em comento não revestem a característica de direitos individuais, razão pela qual não são cláusulas pétreas.

O ingresso da mulher na carreira militar, por outro lado, trouxe a garantia de alguns direitos que lhe são próprios, como o direito da gestante.

Por fim, a Lei Complementar n. 97/99, que estabeleceu as normas gerais para a organização, preparação e emprego das Forças Armadas já sinalizava para as garantias que o constituinte colocou no referido inciso, o que é, de resto, de justiça, pois amalgamando, nesse particular, todos os servidores civis e cidadãos trabalhadores.

IX – Revogado pela E.C. n. 41/03.

X – a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.

(Acrescentado pela EC n. 18, de 5-2-1998.)

O último dispositivo sobre as Forças Armadas introduzido pela Emenda Constitucional n. 18/98 é o dispositivo acima.

Faz menção à lei que cuida dos limites de idade para ingresso e para aposentadoria compulsória, assim como cuida de diversas outras condições para que um militar passe para a inatividade.

Refere o constituinte ainda que a lei explicitará direitos, deveres, remuneração, prerrogativas e as situações especiais da vida militar, em face da peculiaridade de suas atividades, neles incluindo aquelas decorrentes de compromissos internacionais ou de guerra eventual.

Todos os itens referidos no dispositivo já constavam de inúmeros outros espalhados pelas duas leis e regulamentos militares, estando, todavia, na dicção atual, como garantias e direitos a serem regulamentados, inclusive para adaptação às Emendas Constitucionais n. 19 (administrativa) e 20 (previdência).

A constitucionalização do dispositivo tem sua razão de ser na medida em que a classe militar difere da dos demais servidores públicos civis, mesmo daqueles vinculados a carreiras técnicas, como magistratura e diplomacia, cujo nível de conhecimento tem de ser mais especializado e muitas vezes superior ao da maioria das carreiras públicas.

É de se lembrar que a carreira militar exige um duplo grau de preparação (físico e intelectual), que não é próprio das duas outras carreiras, só formadas por intelectuais.

Como professor emérito da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército, onde ministro anualmente aula sobre a conjuntura política e econômica, conheço o nível dos coronéis que participam desses cursos – ficam um ano dedicando-se a uma formação abrangente sobre estratégia política econômica e social –, razão pela qual entendo que a conformação jurídica da carreira deva ser diferenciada, o que parece ter representado a intenção do constituinte na elaboração do dispositivo em comento.

Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei.

O serviço militar é obrigatório. A lei deve regulamentar a obrigatoriedade, determinando os casos de exceção, a forma ele alistamento, a capacidade de o Estado sustentar os contingentes aproveitados e diversos outros aspectos de relevância.

A lei que regulamentava o serviço militar obrigatório era de n. 4.375, de 17 de agosto de 1964, vale dizer, promulgada sob o regime da Constituição de 1946. Foi alterada pela Lei n. 8.239, de 4 de outubro de 1991, para permitir o serviço alternativo.

A regulamentação da lei de 1964, por outro lado, deu-se pelo Decreto n. 57.664, de 20 de janeiro de 1966, ou seja, um ano antes da Constituição de 1967, mas ambos os diplomas foram editados já no período revolucionário, em que o País era presidido pelo Marechal Castelo Branco.

Discute-se hoje se o serviço militar obrigatório corresponde às necessidades das Forças Armadas e se é de utilidade para o País.

Durante a guerra das Malvinas, a Argentina enviou tropas com reservistas jovens e não profissionalizados, que foram massacrados pelas tropas inglesas altamente preparadas.

A guerra do Golfo engajou, da parte dos aliados, apenas tropas de elite, o que permitiu massacrar aquelas iraquianas, não só inferiormente equipadas como também inferiormente preparadas e com contingentes não profissionais em suas fileiras. Vencida a guerra, todavia, a ocupação da nação derrotada gerou problemas clássicos, que até agora não foram resolvidos. Tornou-se um fracasso a ocupação iraquiana pelo exército de Bush.

A guerra moderna não é feita para principiantes nem para reservistas, mas exige, cada vez mais, tropas mais eficientes, quando não operadores na informática de maior nível.

Uma frotilha de submarinos nucleares defende a costa de um país de melhor maneira do que toda uma frota de porta-aviões, couraçados, cruzadores, destróieres, fragatas etc., visto que esta pode ser destruída a longa distância por foguetes intercontinentais uma vez localizadas as unidades pelo satélite, enquanto os submarinos nucleares, operando a mais de cem metros abaixo do mar, não são detectados nem mesmo por radar, constituindo permanente elemento surpresa contra eventuais invasores. E tais submarinos exigem pessoal de elite.

O mesmo diga-se da Aeronáutica ou do Exército.

Não há mais espaço, no mundo moderno, para tropas amadoras ou contingentes despreparados, razão pela qual o serviço militar obrigatório, ideal por que lutou Olavo Bilac, é, hoje, algo a ser repensado.

O aspecto positivo da obrigatoriedade reside na preparação do cidadão comum para o respeito à hierarquia e à disciplina das Forças Armadas, sendo mais uma escola de cidadania do que uma escola de criação de reservas para as Forças Armadas do País.

E, pois, como elemento de integração nacional – hoje relevante papel das Forças Armadas – é que o cidadão deve ser obrigado a fazer o serviço militar, justificando-se, assim, sua permanência, como norma constitucional.

Por fim, é de se lembrar que a Portaria n. 153, de 25 de março de 1998, do Ministério do Exército (DOU, 3 abr. 1998, p. 55) regulou o Serviço Militar temporário em tempo de paz para militares dispensados da incorporação e mulheres, que tenham habilitações profissionais de interesse do Exército.

> *§ 1º Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.*

O § l° do art. 143 consagra princípio pelo qual a liberdade de consciência é preservada.

Algumas religiões não permitem a guerra de qualquer natureza. As heresias dos valdenses e dos cátaros, na Idade Média, não permitiam a guerra ofensiva nem a defensiva. Os "quakers" são também contra a guerra, o mesmo dizendo-se de certas vertentes do judaísmo.

Tendo, a Constituição de 1988, consagrado o princípio da liberdade de pensamento, não poderia exigir que tal liberdade fosse atingida por força do serviço militar obrigatório.

Para aquelas pessoas são destinados o § 1º do art. 143 e o inc. VIII do art. 5º.

A liberdade de consciência, nas hipóteses mencionadas, não pode eliminar a obrigação de servir à pátria, razão pela qual às Forças Armadas compete criar serviço alternativo, em tempo de paz, para tais pessoas.

Este parágrafo foi regulamentado pela Lei n. 8.239/91, tendo a Portaria n. 2.681 – Convênio de 20-7-1992 – veiculado o regulamento da lei de prestação de serviço alternativo ao serviço militar obrigatório.

O imperativo de consciência poderá não só decorrer de crença religiosa como também de convicção filosófica ou política. Em outras palavras, a liberdade de pensamento absoluta permite que o cidadão alegue sua impossibilidade de prestar serviço militar obrigatório.

O inc. VII do art. 5.° da Constituição Federal concede liberdade de tal ordem, que a alegação de imperativo de consciência não implica, para o cidadão que a alegue, perda de seus direitos.

À evidência, se também se recusar, por imperativo de consciência, a fazer os serviços alternativos, nessa hipótese, perderá os direitos plenos concedidos pela Constituição e na sua maior parte assegurados no art. 5º.

As atividades a que faz menção o § 1º são aquelas de caráter estritamente militar, como servir na tropa, treinar o uso das armas de guerra, preparar-se para pertencer a uma das três Armadas de terra (infantaria, cavalaria e artilharia) etc.

Dos serviços que não sejam estritamente militares, mas que possam auxiliar as Forças Armadas, não podem, tais pessoas, ser eximidas, como, por exemplo, do serviço na cozinha do Exército ou de faxina nas dependências pertencentes àquelas.

Por fim, é de se lembrar que o serviço militar só pode deixar de ser prestado em tempo de paz. Em tempo de guerra, ninguém poderá dele furtar-se, se a pátria necessitar de sua colaboração. Na guerra, todos os cidadãos têm igual responsabilidade perante seu país.

Poder-se-á, a tais pessoas que aleguem os imperativos previstos neste parágrafo, assegurar serviços que não impliquem, de imediato, a utilização de armas, mas é de se lembrar que, se necessário, terão de lutar, em momento de exigência máxima, como na invasão do território por tropas estrangeiras.

Não se considera tempo de guerra a colaboração do País para com a ONU objetivando auxiliar a manutenção da paz em outros países, nem entrou o Brasil em tempo de guerra ao assinar a resolução daquele organismo que reconheceu o conflito com o Iraque.

> *§ 2º As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir.*

O § 2° é dedicado às mulheres e aos eclesiásticos, que ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, mas são obrigados dos a assumir outros encargos vinculados ao conceito amplo de segurança nacional determinados pela lei.

Essa matéria é regida, atualmente, pela Lei n. 8.239, de 4 de outubro de 1991.

Hoje, o serviço militar, no mundo inteiro, não é privilégio dos homens. No passado o foi, lembrando-se de que a lenda das amazonas vinculava-se à excepcionalidade da mulher guerreira e de um povo composto de mulheres que se dedicava a artes marciais.

Quando o rio Amazonas começou a ser navegado, seus primeiros desbravadores pensavam ver, nos cabelos compridos de alguns indígenas, amazonas guerreiras, no que se enganavam, pois, na civilização indígena do País, nas terras de Norte a Sul, as mulheres guerreiras só existiam na literatura.

Joana D'Arc foi obrigada a vestir-se de "guerreiro" para comandar as tropas francesas, e até mesmo mulheres excepcionais, como Hatsepsut, a rainha do Alto Império Egípcio, comandavam o povo sem comandar o Exército.

Por outro lado, os eclesiásticos raramente lutavam. No tempo das Cruzadas, alguns pegaram armas para combater o infiel em terras de Jerusalém, muitos se envolvendo em lutas no próprio território europeu, quando não na Cruzada contra os albigenses para combater, dentro da França, a heresia cátara.

Todavia, nunca foi regra, ao longo da história da humanidade, eclesiásticos ou mulheres integrarem tropas regulares ou mercenárias. Apenas no século XX, as mulheres, tendo aberto espaço para a igualdade de tratamento, fizeram-no, inclusive para participar das Forças Armadas.

A guerra do Golfo conheceu mulheres heroínas na aviação, tendo algumas pago com suas vidas a coragem das missões em territórios de Saddam Hussein. Se a primeira guerra teve justificativa no direito internacional, a segunda decorreu dos delírios de um despreparado presidente, que até hoje não sabe a razão que o levou ao tresloucado ato.

Hoje, no mundo inteiro, as mulheres disputam vagas nas Forças Armadas, com razoável sucesso e vencendo preconceitos sobre suas aptidões.

Tais atividades continuam, todavia, campo preferencial para atuação masculina, e o § 2.° consagra essa visão, em que as mulheres e os eclesiásticos são dispensados do serviço militar em tempo de paz, sendo obrigados a atuar em encargos substitutivos mais condizentes com sua conformação física ou vocação confessional.

Realça, o constituinte, que tal dispensa apenas ocorre em tempo de paz, pressupondo que o esforço de guerra é de tal ordem exigente e crucial que ninguém tem garantias, isenções ou privilégios, todos devendo colaborar com a nação na tentativa de solucionar o momento mais agudo nas relações internacionais de forma favorável para o País. E, nessa situação, mulheres e eclesiásticos são iguais a qualquer homem.

Análise do fundamento jurídico do emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem

José Levi Mello do Amaral Júnior*

Sumário: *Explicação preliminar; 1. Destinação constitucional das Forças Armadas; 2. Emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem; 3. Papel subsidiário das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem; 4. Gradação do princípio da subsidiariedade; 5. Procedimento de emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem; 6. Abate de aeronaves hostis; 7. Conclusão: papel atual das Forças Armadas; Referências bibliográficas*

Explicação preliminar

O presente estudo foi concebido especificamente para compor obra coletiva alusiva ao bicentenário do Superior Tribunal Militar, a convite da Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, integrante daquela Corte. O autor agradece a oportunidade de participar de um muito justo tributo ao mais antigo dos órgãos jurisdicionais brasileiros.

Seu objetivo é analisar o fundamento jurídico do emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, tal como previsto pela Constituição e respectiva legislação regulamentar. Sintetiza estudos que o autor levara a efeito para colaborar com a Assessoria Militar do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República entre 2000 e 2003.

O trabalho busca demonstrar que o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem não é extraordinário, mas, sim, ordinário, conquanto orientado pelo princípio da subsidiariedade. Disso decorrem importantes conseqüências para a compreensão jurídica da matéria, o que será objeto desta exposição.

Por outro lado, não se deseja, aqui, fazer a apologia do emprego ou não das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem. O que se pretende nesta sede é – insista-se – examinar o fundamento jurídico do eventual emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem.

1. Destinação constitucional das Forças Armadas

Compete privativamente ao Presidente da República exercer o comando supremo das Forças Armadas, segundo dispõe o inciso XIII do art. 84 da Constituição[1].

Do ponto de vista constitucional[2], as Forças Armadas são constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica e destinam-se: (1) à defesa da Pátria; (2) à garantia dos poderes constitucionais; e, por iniciativa de qualquer destes, (3) à garantia da lei e da ordem.

As duas primeiras destinações constitucionais das Forças Armadas refletem a missão elementar delas, qual seja, a proteção do próprio Estado e dos respectivos poderes constitucionais[3] (isto é, dos órgãos que comungam da soberania do Estado), proteção essa levada

* Procurador da Fazenda Nacional, Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP), Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP e do Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília. Foi Assessor da Casa Civil da Presidência da República (2000-2003) e Aluno do Colégio Militar de Porto Alegre (1991-1993) E-mail: jose.levi@uol.com.br.

1 A subordinação das Forças Armadas ao Poder Executivo é uma lição antiga, decorrente da natureza das coisas. Veja-se, por exemplo, a explicação de **MONTESQUIEU**: "O exército, uma vez estabelecido, não deve depender, imediatamente, do corpo legislativo, mas do poder executivo; e isso pela natureza da coisa; seu feito consiste mais na ação do que na deliberação." (**MONTESQUIEU**, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*, tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, Brasília: UnB, 1995, p. 124).

2 *Caput* do art. 142 da Constituição.

3 **FERREIRA FILHO**, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 31ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 239.

a efeito contra ameaças externas ou internas (ou, como dizia o Direito constitucional brasileiro pretérito, "grave comoção intestina"[4]).

Nas circunstâncias em causa – ameaças externas ou internas contra o Estado ou contra os respectivos poderes constitucionais – pode e deve ser posto em prática um regime jurídico excepcional "da defesa do Estado e das instituições democráticas"[5], ou seja, um estado em que a própria Constituição permite o emprego de recursos excepcionais para debelar a ameaça. O emprego destes recursos em casos tais enseja, mais cedo ou mais tarde, a decretação: (1) de intervenção federal[6]; (2) de estado de defesa[7]; ou (3) de estado de sítio[8]. Ademais, a depender da gravidade da situação, pode ocorrer, ainda, declaração de guerra ou, ao menos, de mobilização nacional[9].

Conforme esta caracterização, as duas primeiras destinações das Forças Armadas implicam emprego delas em situações extraordinárias.

Porém, nenhum destes dois casos extremos é o objeto desta exposição. Ela se concentra na terceira destinação constitucional das Forças Armadas – garantia da lei e da ordem – que não se dá, necessariamente, sob circunstâncias extraordinárias. Isso porque, em regra, não requer decretação de intervenção federal, de estado de defesa ou de sítio. Configura, assim, um emprego típico (porque a própria Constituição também o prevê) e ordinário das Forças Armadas, conquanto submetido ao critério da subsidiariedade.

2. Emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem

A teor do art. 144 da Constituição, a segurança pública – cujo fim é "a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio" – é exercida pela Polícia Federal, pela Polícia Rodoviária Federal, pela Polícia Ferroviária Federal, pelas Polícias Civis estaduais, pelas Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares estaduais.

Porém, nesta seara – ou seja, na garantia da lei e da ordem – as Forças Armadas também podem atuar. É o que decorre do art. 142, *caput, in fine,* da Constituição[10]. O critério e a disciplina do emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem é dado pela Lei Complementar nº 97, de 9 de julho de 1999[11].

Assim, a atuação das Forças Armadas, na garantia da lei e da ordem, por solicitação de qualquer um dos poderes constitucionais – solicitação essa que sempre será submetida ao juízo do Presidente da República[12] – poderá se dar a partir do esgotamento dos órgãos ou instrumentos destinados à preservação da segurança pública, relacionados no art. 144 da Constituição[13].

Importa, portanto, saber quando se configura o esgotamento. A própria Lei Complementar nº 97, de 1999, o explica em seu art. 15, § 3º:

---

4 Constituição de 1891, art. 48, nº 15. No mesmo sentido, por exemplo: Constituição de 1946, art. 206, inciso I; Constituição de 1988, art. 137, inciso I.

5 Título V da Constituição.

6 Incisos I a V do art. 34 da Constituição.

7 Art. 136 da Constituição.

8 Art. 137 da Constituição.

9 Inciso XIX do art. 84 da Constituição. A mobilização nacional é regulamentada pela Lei nº 11.631, de 27 de dezembro de 2007, cujo art. 2º, inciso I, restringe sua execução a caso de agressão estrangeira.

10 "Este preceito autoriza claramente que as Forças Armadas sejam empregadas no âmbito interno, não só para garantir os poderes constitucionais quando ameaçados, como também para restabelecer a ordem, ainda quando não houver ameaça para os poderes constituídos. Permite, portanto, que as Forças Armadas sejam utilizadas em missão de polícia, se necessário." (**FERREIRA FILHO,** Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988,* vol. 3, São Paulo: Saraiva, 1990-1994, p. 78).

11 O art. 144 da Constituição se refere à Polícia Federal, à Polícia Rodoviária Federal, à Polícia Ferroviária Federal, às Polícias Civis estaduais, às Polícias Militares e aos Corpos de Bombeiros Militares estaduais como "órgãos". Por sua vez, o § 2º do art. 15 da Lei Complementar nº 97, de 1999, a eles se refere como "instrumentos". Nesta exposição, utilizar-se-á, preferencialmente, a fórmula genérica "órgãos ou instrumentos destinados à preservação da segurança pública".

12 § 1º do art. 15 da Lei Complementar nº 97, de 1999.

13 § 2º do art. 15 da Lei Complementar nº 97, de 1999.

"Consideram-se esgotados os instrumentos relacionados no art. 144 da Constituição Federal quando, em determinado momento, forem eles formalmente reconhecidos pelo respectivo Chefe do Poder Executivo Federal ou Estadual como indisponíveis, inexistentes ou insuficientes ao desempenho regular de sua missão constitucional." [14]

Aí estão os princípios fundamentais que norteiam o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem:

(1) a bem da autonomia federativa, como pressuposto elementar do emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, o esgotamento há de ser formalmente reconhecido pelo Chefe do Poder Executivo da respectiva esfera federada a que se vincula o órgão ou instrumento "esgotado", vale afirmar: (a) o Presidente da República, relativamente à Polícia Federal, à Polícia Rodoviária Federal e à Polícia Ferroviária Federal; e (b) os Governadores dos Estados, relativamente às Polícias Civis estaduais, às Polícias Militares e aos Corpos de Bombeiros Militares estaduais;

(2) as Forças Armadas atuam, *in casu*, subsidiariamente, ou seja, somente após "esgotados" os órgãos ou instrumentos destinados à preservação da segurança pública, relacionados no art. 144 da Constituição;

(3) o esgotamento se configura quando os órgãos ou instrumentos relacionados no art. 144 da Constituição são (ou se tornam) inexistentes, indisponíveis ou insuficientes.

3. Papel subsidiário das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem

O princípio da subsidiariedade pode ser tido como inerente às relações democráticas. Dele decorre que um ente "maior" somente interfere nas coisas de um ente "menor" se e quando esse não consegue desempenhar uma dada tarefa sua.

É interessante observar que a Constituição segue esta lógica em diversos aspectos, mormente no que toca à organização federativa. Isso é bastante claro, por exemplo, na organização da educação[15].

Em matéria de segurança pública, o princípio da subsidiariedade exerce influxo duplo: (a) um primeiro, inerente ao papel último das Forças Armadas relativamente aos demais órgãos ou instrumentos destinados à preservação da segurança pública; (b) um segundo, inerente às relações federativas entre os entes federados, marcadas que são pela autonomia de cada ente.

Primeiro, as Forças Armadas – na garantia da lei e da ordem – somente podem atuar se e quando esgotados os órgãos ou instrumentos destinados à preservação da segurança pública[16]. Isso se dá inclusive no plano federal: o Presidente da República somente pode determinar o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, em seara própria às Polícias Federal, Rodoviária Federal ou Ferroviária Federal, se e quando esgotada uma das três polícias federais (e, claro, desde que reconheça o esgotamento).

Segundo, a bem da autonomia federativa, o esgotamento dos órgãos ou instrumentos estaduais destinados à preservação da segurança pública há de ser reconhecido pelo respectivo Governador de Estado que, a seguir, solicitará o emprego das Forças Armadas ao Presidente da República. Somente assim poderá o Presidente da República decidir sobre o emprego ou não das Forças Armadas.

---

[14] § 3º acrescentado pela Lei Complementar nº 117, de 2 de setembro de 2004.

[15] §§ do art. 211 da Constituição.

[16] "Só subsidiária e eventualmente lhes incumbe a *defesa da lei* e *da ordem*, porque essa defesa é da competência primária das *forças de segurança pública*, que compreendem a polícia federal e as polícias civil e militar dos Estados e do Distrito Federal." (**SILVA,** José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 21ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 748 – grifos no original).

Em caso extremo, de falência dos órgãos ou instrumentos estaduais destinados à preservação da segurança pública – falência essa não reconhecida pelo respectivo Governador de Estado – ter-se-á, então, caso de intervenção federal, com eventual emprego das Forças Armadas, inclusive na garantia da lei e da ordem.

Ademais, não se pode desprezar a hipótese de o Governador do Estado não determinar a ação dos órgãos ou instrumentos destinados à preservação da segurança pública, ou não mobilizá-los em quantidade suficiente para produzir os efeitos necessários para debelar a ameaça à lei e à ordem a que se deva fazer frente. Nestas circunstâncias, o pronto emprego das Forças Armadas fica desde logo autorizado, conforme já deixou assente o Supremo Tribunal Federal[17].

4. Gradação do princípio da subsidiariedade

Há evidente gradação entre os critérios da subsidiariedade aplicáveis à espécie: inexistência, indisponibilidade e insuficiência.

São inexistentes os órgãos ou instrumentos de preservação da segurança pública quando, simplesmente, eles são ausentes ou não existem em um determinado momento e em uma determinada região do território nacional. Exemplo evidente é a fronteira brasileira na Região Norte, em que a presença do Estado brasileiro se dá, basicamente, por meio de unidades militares de fronteira[18].

Indisponível é a qualidade do que existe, mas com que não se pode contar. São indisponíveis os órgãos ou instrumentos de preservação da segurança pública em um determinado momento e em uma determinada região do território nacional quando, por exemplo, eles existem, porém, encontram-se em estado de greve. Este estado de coisas já se deu na história brasileira recente. Algumas polícias militares estaduais decretaram greve, mas a segurança pública foi garantida – legalmente – com o emprego das Forças Armadas.

Insuficiente é a qualidade do que existe e está disponível, mas sem capacidade de desempenhar a contento – suficientemente – a sua finalidade. Há, aqui, um juízo de valor quantitativo e qualitativo (e, portanto, de oportunidade e conveniência). Nos dois primeiros casos (inexistência e indisponibilidade), o juízo é meramente quantitativo. Neste terceiro caso, não: o juízo também é qualitativo, porque é preciso determinar a medida e a qualidade da insuficiência, vale afirmar, a partir de que nível e de que tipo de insuficiência se tem o esgotamento. Este juízo é privativo do Chefe do Poder Executivo da respectiva esfera federada a que se vincula o órgão ou instrumento "esgotado". São insuficientes os órgãos ou instrumentos de preservação da segurança pública em um determinado momento e em uma determinada região do território nacional quando eles existem e estão disponíveis, porém não se mostram capazes de preservar – a contento – a segurança pública. É o que se dá, por exemplo (ao menos teoricamente), em áreas urbanas com "bolsões" conflagrados, isto é, com porções territoriais em que os órgãos ou instrumentos de preservação da segurança pública não se fazem efetivos.

Neste contexto, o emprego subsidiário e episódico das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem – em caso de esgotamento dos órgãos ou instrumentos de preservação da segurança

---

[17] Cf. Mandado de Segurança nº 23.766/DF, Relator o Ministro Nelson Jobim, DJ de 21-09-2000, p. 7, de que se extrai o seguinte excerto: *"(...) O emprego das Forças Armadas '... é da responsabilidade do Presidente da República' (LC 97/99, art. 15). Quando a questão disser com a 'garantia da lei e da ordem', o emprego das Forças Armadas dar-se-á '... após esgotados os instrumentos ... relacionados no art. 144 da Constituição Federal' (LC 97/99, art. 15, § 2º). A Lei Complementar se refere aos órgãos de segurança pública (Polícias Federal, Rodoviária Federal, Ferroviária Federal, Civil Estadual, Militar Estadual e Corpo de Bombeiros). Ter-se-á como esgotados esses instrumentos, tanto quando a autoridade não determinar a sua utilização, como quando a sua utilização não tiver produzido efeitos. (...)"*

[18] Com efeito, a Lei Complementar nº 97, de 1999, em seu art. 17-A, inciso IV, acrescentado pela Lei Complementar nº 117, de 2004, dispõe que "cabe ao Exército atuar, por meio de ações preventivas e repressivas, na faixa de fronteira terrestre, contra delitos transfronteiriços e ambientais, isoladamente ou em coordenação com outros órgãos do Poder Executivo".

pública – não caracteriza um emprego excepcional delas. Isso porque não requer decretação de intervenção federal, de estado de defesa ou de sítio, muito menos declaração de guerra. Ao contrário, trata-se de emprego ordinário, conquanto esteja condicionado ao princípio da subsidiariedade.

Enfim, as Forças Armadas possuem, por sua própria natureza, poder de polícia. Ora, dado que os órgãos ou instrumentos a que se refere o art. 144 da Constituição possuem poder de polícia e são "forças auxiliares e reserva do Exército"[19], é evidente que o Exército em particular, e as Forças Armadas em geral, também possuem igual poder de polícia[20].

5. Procedimento de emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem

O primeiro passo é o reconhecimento do esgotamento pelo Chefe do Poder Executivo da respectiva esfera federada a que se vincula o órgão ou instrumento "esgotado"[21].

A seguir, o Chefe do Poder Executivo interessado solicita, formalmente, ao Presidente da República, o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem.

Então, o Presidente da República decidirá sobre o emprego ou não das Forças Armadas[22].

Em havendo decisão do Presidente da República no sentido de empregar as Forças Armadas, ele encaminhará mensagem ao Ministro de Estado da Defesa para ativar os órgãos operacionais daquelas[23], "que desenvolverão, de forma episódica, em área previamente estabelecida e por tempo limitado, as ações de caráter preventivo e repressivo necessárias para assegurar o resultado das operações na garantia da lei e da ordem"[24].

Se acaso houver meios disponíveis – conquanto insuficientes – da respectiva polícia cujo esgotamento foi reconhecido, o emprego das Forças Armadas pressupõe a transferência "do controle operacional dos órgãos de segurança pública necessários ao desenvolvimento das ações para a autoridade encarregada das operações" (em regra, um militar das Forças Armadas), que deverá constituir um centro de coordenação de operações[25]. Esta determinação legal é natural e coerente com a natureza das polícias militares e corpos de bombeiros militares estaduais: são "forças auxiliares e reserva do Exército"[26].

A legislação esclarece o que seja controle operacional: "poder conferido à autoridade encarregada das operações, para atribuir e coordenar missões ou tarefas específicas a serem desempenhadas por efetivos dos órgãos de segurança pública, obedecidas as suas competências constitucionais ou legais"[27].

Importa anotar que o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem é atividade militar para o fim de aplicação do Código Penal Militar em tempo de paz relativamente aos crimes

---

[19] § 6º do art. 144 da Constituição.

[20] Portanto, é meramente declaratório o art. 6º da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, quando assegura poder de polícia ao Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República na *"segurança pessoal do Chefe de Estado, do Vice-Presidente da República e respectivos familiares, dos titulares dos órgãos essenciais da Presidência da República, e de outras autoridades ou personalidades quando determinado pelo Presidente da República, bem como pela segurança dos palácios presidenciais e das residências do Presidente e Vice-Presidente da República".*

[21] § 3º do art. 15 da Lei Complementar nº 97, de 1999, acrescentado pela Lei Complementar nº 117, de 2004.

[22] Inciso XIII do art. 84 da Constituição combinado com o art. 15, § 1º, da Lei Complementar nº 97, de 1999.

[23] *Caput* do art. 15 da Lei Complementar nº 97, de 1999.

[24] § 4º do art. 15 da Lei Complementar nº 97, de 1999, acrescentado pela Lei Complementar nº 117, de 2004, combinado com o *caput* do art. 5º do Decreto nº 3.897, de 24 de agosto de 2001.

[25] § 5º do art. 15 da Lei Complementar nº 97, de 1999, acrescentado pela Lei Complementar nº 117, de 2004, combinado com o *caput* do art. 4º do Decreto nº 3.897, de 2001.

[26] § 6º do art. 144 da Constituição.

[27] § 6º do art. 15 da Lei Complementar nº 97, de 1999, acrescentado pela Lei Complementar nº 117, de 2004.

militares praticados "por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil"[28].

Enfim, vale destacar que o emprego das Forças Armadas também pode se dar em atendimento de solicitação de qualquer um dos poderes constitucionais, federais e estaduais (na garantia desses), hipótese em que a solicitação deve ser feita por intermédio dos Presidentes do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados[29]. Aqui, o emprego pode ocorrer independentemente da declaração de esgotamento das forças policiais estaduais por parte do Governador do Estado. É o que se dá, por exemplo, no âmbito eleitoral[30]. No limite, poderá haver, inclusive, decretação de intervenção federal.

6. Abate de aeronaves hostis

Hipótese de emprego das Forças Armadas que merece menção e análise específicas é a do abate de aeronaves hostis.

Tem-se, aqui, hipótese de defesa da Pátria em tempo de paz. Portanto, não se trata, *stricto sensu,* de emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, mas, sim, de emprego delas na sua missão primeira, a defesa da Pátria[31], ainda que a hipótese tenha influxo salutar à garantia da lei e da ordem, mormente no que toca à repressão do tráfico ilícito de entorpecentes.

O tiro de abate foi permitido pela Lei nº 9.614, de 5 de março de 1998, que incluiu a hipótese de destruição de aeronave hostil no Código Brasileiro de Aeronáutica:

> *"Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada."* [32]

A sua regulamentação veio após seis anos de longa e bem conduzida negociação no plano diplomático, para que o país não sofresse nenhum tipo de embargo ou restrição eventualmente decorrente de uma má compreensão da medida por parte de personagens da comunidade internacional[33].

Não há nenhuma inconstitucionalidade na medida. Não configura uma pena de morte. Configura, isso, sim, reação própria à defesa da Pátria, ameaçada pela invasão do respectivo espaço aéreo. Ademais, o tiro de abate é a última medida após longo e exaustivo rol de medidas coercitivas de averiguação (tentativa de contato[34]), intervenção (modificação de rota e pouso coercitivos[35]) e persuasão (tiro de aviso, com munição traçante[36]). Dá-se como última e excepcional medida – cercada de diversas cautelas[37] – como reação contra quem, deliberadamente, coloca-se à margem do Direito brasileiro.

---

[28] § 7º do art. 15 da Lei Complementar nº 97, de 1999, acrescentado pela Lei Complementar nº 117, de 2004, combinado com o art. 9º, inciso II, alínea "c", do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar.

[29] § 1º, *in fine*, do art. 15 da Lei Complementar nº 97, de 1999.

[30] Inciso XIV do art. 23 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral. Neste sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal: *"(...) A decisão sobre o emprego das Forças Armadas, em qualquer ponto do território nacional, é da competência do Presidente da República, como seu comandante supremo (CF, art. 84, XIII). Tal decisão não se submete ao juízo de outras autoridades, inclusive as dos Estados Federados. Aliás, é o que se passa na Justiça Eleitoral. É da competência do Tribunal Superior Eleitoral 'requisitar força federal necessária ao cumprimento da lei, de suas próprias decisões ou das decisões dos tribunais Regionais que o solicitarem, e para garantir a votação e a apuração' (Código Eleitoral, art. 23, XIV). A decisão sobre a requisição compete ao TSE, sem consulta necessária às autoridades estaduais. É esse o modelo brasileiro."* (Mandado de Segurança nº 23.766/DF, Relator o Ministro Nelson Jobim, DJ de 21 de setembro de 2000, pág. 7).

[31] *Caput* do art. 142 da Constituição.

[32] § 2º do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica, acrescentado pela Lei nº 9.614, de 1998.

[33] Decreto nº 5.144, de 16 de julho de 2004.

[34] § 1º do art. 3º do Decreto nº 5.144, de 2004.

[35] § 2º do art. 3º do Decreto nº 5.144, de 2004.

[36] § 3º do art. 3º do Decreto nº 5.144, de 2004.

[37] Art. 6º do Decreto nº 5.144, de 2004.

A conseqüência prática mais importante da regulamentação do tiro de abate é o seu efeito dissuasório. Reportagem de título "Sistema identifica tráfego aéreo desconhecido", da Folha de São Paulo, do dia 13 de junho de 2005, informava que, desde a regulamentação do tiro de abate, a Força Aérea Brasileira não precisou disparar nem sequer tiro de aviso. Ao que consta, o tráfico ilícito de entorpecentes passou a contornar o espaço aéreo nacional.

Enfim, ações militares para a defesa da Pátria não se dão somente após a declaração de guerra. A defesa da Pátria pode e deve se dar de pronto contra ações hostis iminentes ou atuais, sejam elas perpetradas por outros Estados ou por organizações criminosas. Entre elas está o tiro de abate, haja ou não iminência de guerra. O importante, *in casu,* é permitir que a Pátria possa resguardar – a si e aos seus – com efetividade. Daí a legitimidade constitucional do tiro de abate.

7. Conclusão: papel atual das Forças Armadas

Seguindo a tendência natural das democracias contemporâneas, as Forças Armadas brasileiras exercem papel essencialmente de defesa. Portanto, importa dotá-las de meios dissuasórios mínimos. É a este propósito que o Governo brasileiro de há muito cogita a compra de caças de interceptação, a construção de submarino com propulsão nuclear, etc.

Porém, além da defesa da Pátria, às Forças Armadas também cabe a defesa da própria ordem democrática ("garantia dos poderes constitucionais") e a garantia da lei e da ordem.

Assim, o emprego subsidiário e episódico das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem em caso de esgotamento dos órgãos ou instrumentos de preservação da segurança pública possui, como visto, sólido e explícito fundamento constitucional. Não se trata de um uso excepcional. Não requer decretação de intervenção federal, de estado de defesa ou de sítio, muito menos declaração de guerra. Ao contrário, trata-se de emprego ordinário, conquanto esteja condicionado ao princípio da subsidiariedade. As Forças Armadas possuem, por sua própria natureza, poder de polícia.

Não se diga que as Forças Armadas não são aptas ao policiamento ordinário e ostensivo. Isso porque é a própria Constituição que confia às Forças Armadas – ainda que subsidiariamente – a garantia da lei e da ordem. Assim, elas também devem estar preparadas para esta missão que a Constituição lhes confia. De fato, o Exército Brasileiro, por exemplo, mantém toda uma Brigada dotada de adestramento e equipamentos específicos à garantia da lei e da ordem (11ª Brigada de Infantaria Leve – Garantia da Lei e da Ordem, sediada em Campinas-SP[38]). Ademais, as Forças Armadas brasileiras conduzem, com reconhecido sucesso, missões de paz no exterior que, não raro, implicam ações típicas de garantia da lei e da ordem. É o caso, por exemplo, da Missão das Nações Unidas para Estabilização no Haiti – MINUSTAH.

Excepcional é o emprego das Forças Armadas na defesa da Pátria e na garantia dos poderes constitucionais, mormente quando se dê em função de intervenção federal, de estado de defesa ou de sítio (ainda que não necessariamente, como no caso do abate de aeronaves).

GIORGIO AGAMBEN, partindo de Thomas Hobbes e Carl Schmitt, sustenta que "soberano" é aquele que está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico[39], é aquele que decide sobre o estado de exceção[40], isto é, a situação em que a norma se aplica

[38] Cf. art. 1º do Decreto nº 5.261, de 3 de novembro de 2004.

[39] **AGAMBEN,** Giorgio. *Homo sacer. O poder soberano e a vida nua,* UFMG: Belo Horizonte, 2004, p. 23.

[40] **AGAMBEN,** *Homo sacer...,* p. 19.

desaplicando-se, retirando-se da exceção[41]. É o soberano quem define as situações e sujeitos que ficam dentro ou fora do ordenamento. As situações e os sujeitos postos de fora do ordenamento ficam ao abandono da lei[42]. Neste sentido, o estado de natureza hobbesiano sobrevive na pessoa do soberano[43]. Fora do ordenamento, o sujeito fica relegado ao estado de exceção, ao estado de natureza, e não goza da proteção do Direito[44]. Portanto, o estado de exceção – em um Estado Democrático de Direito – deve ser exatamente isso: uma exceção. Os espaços não alcançados pelo Direito devem ser muito poucos, raros. Não se deve banalizar o estado de exceção, sob pena de tudo se tornar possível[45]. Do contrário, pode-se resvalar num estado de exceção permanente[46].

Por outro lado, o emprego subsidiário e episódico das Forças Armadas, no Direito constitucional brasileiro, não se situa no âmbito da exceção, mas, sim, no âmbito da normalidade (e para manter a normalidade).

ROBERT DAHL menciona como condição para o desenvolvimento do regime democrático que "as forças militares e a Polícia estejam sob pleno controle de funcionários democraticamente eleitos"[47]. Para debelar qualquer risco à democracia, a Costa Rica, em 1950, deu um exemplo extremo: aboliu os militares[48]. Porém, esta não parece ser uma solução boa para a grande maioria dos países. Veja-se, por exemplo, o caso do Haiti, que também abriu mão de suas Forças Armadas. No entanto, em 2004, o Presidente Jean Bertrand Aristide ficou indefeso quando foi cercado por milícias armadas. Daí o acerto da lição dos "homens sábios", lembrada por MAQUIAVEL: nada é tão fraco quanto a fama do poder não apoiado nos próprios exércitos[49].

Vocacionadas, sobretudo, à defesa, as Forças Armadas devem zelar pela defesa da Pátria e das instituições democráticas, bem assim pela garantia da lei e da ordem, sempre que, para tanto, não bastem os órgãos ou instrumentos destinados à preservação da segurança pública. Porém, porque são a última reserva de força do Estado, devem ser manejadas para ganhar. Não podem ser desmoralizadas. Logo, o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem deve ser decidido com extrema prudência, para que não haja banalização do recurso e, em especial, para que não seja preciso – em momento imediatamente subseqüente – recorrer a mecanismo excepcional, como a intervenção federal, o estado de defesa ou o estado de sítio.

Referências bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. *The emergency constitucion in The Yale Law Journal*, vol. 113, p. 1029-1091.

AGAMBEN, Giorgio. Homo sacer. *O poder soberano e a vida nua*, UFMG: Belo Horizonte, 2004.

DAHL, Robert. *Sobre a democracia*, Brasília: UnB, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, vol. 3, São

41 **AGAMBEN,** *Homo sacer...,* p. 25.

42 **AGAMBEN,** *Homo sacer...,* p. 36.

43 **AGAMBEN,** *Homo sacer...,* p. 41.

44 A argumentação é extrema. Tanto é assim que Agamben prossegue explicando que, aquele que está fora do ordenamento vive, por isso, uma "vida nua", passível, inclusive, no limite, de morte, mas sem que isso configure homicídio (**AGAMBEN,** *Homo sacer...,* p. 79-81).

45 **AGAMBEN,** *Homo sacer...,* p. 44.

46 **BRUCE ACKERMAN** registra que o Estado de Israel, desde a sua criação, vive sob permanente estado de emergência (**ACKERMAN**, Bruce. *The emergency constitucion* **in** *The Yale Law Journal,* vol. 113, p. 1045, nota nº 40).

47 **DAHL,** Robert. *Sobre a democracia,* Brasília: UnB, 2001, p. 165.

48 **DAHL,** *Sobre a democracia...,* p. 165.

49 **MACHIAVELLI,** Nicollò. *O príncipe,* 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 92.

Paulo: Saraiva, 1990-1994.

_____. *Curso de Direito Constitucional*, 31ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005.

MACHIAVELLI, Nicollò. *O príncipe*, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*, tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, Brasília: UnB, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 21ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002.

Forças Armadas e Ações de Segurança Pública: possibilidades e limites à luz da Constituição

Luis Roberto Barroso*

Sumário: *Introdução. I. Apresentação do problema. II. Plano do presente estudo. Parte I. A segurança pública no Estado democrático. I. Serviço público e não combate bélico. II. Autonomia dos estados-membros e repartição de competências federativas na matéria. Parte II. Forças Armadas, segurança pública e garantia da Constituição, da lei e da ordem. III. Defesa do Estado, das instituições democráticas e da federação. 1. Intervenção federal. 2. Estado de defesa. 3. Estado de sítio. IV. Outras hipóteses legítimas de intervenções pontuais das Forças Armadas. 1. Ações de segurança nas quais haja predominância do interesse nacional. 2. Ações de segurança por solicitação do Governador de Estado. 3. Realização de diligências determinadas em inquérito policial militar. Conclusões. Referência bibliográfica.*

Introdução

I. Apresentação do problema

1. A Constituição brasileira de 1988, no seu Título V, denominado *Da Defesa do Estado e das Instituições Democrática*, dedicou um capítulo inteiro ao tema da *segurança pública*. O capítulo se concentra em um único e longo dispositivo: o art. 144, com seus múltiplos incisos e nove parágrafos. Da leitura do texto constitucional se identifica o conjunto de órgãos aos quais o constituinte cometeu a *preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio*: Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícias Civis, Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares[1]. Não há no capítulo da segurança pública qualquer referência às Forças Armadas – o Exército, a Marinha e a Aeronáutica –, que são tratadas em outro capítulo do mesmo título.

2. A despeito do silêncio constitucional, as Forças Armadas têm participado, ao longo dos anos, de diversas ações na área de segurança pública, em diferentes Estados da Federação. O fundamento para atuações dessa natureza tem sido buscado na referência à *garantia da lei e da ordem* constante do art. 142 da Constituição, que tem a seguinte dicção: "*As Forças Armadas (...) destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da* lei *e da* ordem".

3. A participação das Forças Armadas em ações de segurança pública, nos precedentes verificados até aqui, deu-se sempre por curto espaço de tempo e em hipóteses excepcionais. Recorrentemente, contudo, autoridades e formadores de opinião lançam ao debate público propostas no sentido de que tal utilização se dê de modo mais freqüente, amplo e profundo. O tema, no entanto, tem se situado em uma área de penumbra e de incerteza, sendo poucos os estudos jurídicos a ele dedicados.

II. Plano do presente estudo

4. As anotações que se seguem têm o propósito de enfrentar alguns aspectos relacionados com a matéria, procurando descrever em quais cenários e por quais fundamentos será constitucionalmente legítima a utilização das Forças Armadas em atividades de segurança

---

* Professor titular de direito constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Doutor e livre-docente pela UERJ. Mestre em Direito pela Universidade de Yale. Diretor-geral da *Revista de Direito do Estado*.

1 O dispositivo não faz menção à Força Nacional, que foi criada posteriormente e não será objeto do presente estudo. Sobre a matéria foi editada a Lei 10.277/2001, posteriormente revogada pela Lei 11473/2007, e o Decreto n. 5289/2004, principal ato normativo acerca do programa de cooperação federativa denominado Força Nacional de Segurança Pública

pública. A seguir são identificadas seis possibilidades de atuação válida, para fins de garantia da lei e da ordem, tendo como premissa a solicitação dos Poderes constitucionais.

5. O primeiro bloco de possibilidades compreende ações voltadas à preservação do equilíbrio federativo ou à defesa da ordem democrática, nas seguintes situações contempladas pela Constituição:

a) Intervenção federal;

b) Estado de defesa;

c) Estado de sítio.

6. O segundo bloco de possibilidades relaciona-se a situações menos drásticas do ponto de vista institucional, mas igualmente relevantes para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, e que incluem hipóteses como as que se seguem:

a) Segurança em eventos oficiais ou públicos, de relevância nacional, particularmente os que contem com a participação de Chefes de Estado ou de Governo estrangeiro;

b) Policiamento ostensivo e de choque, por solicitação de governador de Estado;

c) Realização de diligências determinadas em inquérito policial militar.

7. Antes de analisar, objetivamente, cada uma das hipóteses identificadas acima, dedica-se a Parte I do presente estudo a duas notas teóricas relevantes, acerca (a) da idéia de segurança pública em um Estado democrático e (b) da repartição de competências federativas em matéria de segurança pública. Tais observações são imprescindíveis à vista da centralidade dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira e à circunstância de que o princípio federativo resguarda a autonomia dos Estados-membros.

8. Como se constatará ao final da exposição, a participação das Forças Armadas em ações de segurança pública tem fundamento constitucional em relação a diversas situações. Sem embargo, à luz de sua precípua destinação constitucional – que é a "defesa da Pátria", isto é, a preservação da soberania nacional contra agressões externas – e de inúmeras outras considerações institucionais, inclusive as que se relacionam com a tutela dos direitos fundamentais e o respeito à Federação, tal atuação deve ser concebida de maneira moderada e excepcional.

Parte I
A segurança pública no Estado democrático

I. Serviço público e não combate bélico

9. Desde a reabertura democrática, duas grandes concepções de segurança pública têm disputado a primazia no Brasil[2]. A primeira concepção se apóia na idéia de *combate*. O estado deve *combater* os criminosos, deve *ocupar* as áreas em que o crime predomina. Os criminosos são concebidos como *inimigos* a serem derrotados e, no limite, aniquilados. Trata-se de concepção de segurança pública militarizada. O antigo inimigo interno – "o comunista" – é substituído pelo "traficante" como objeto da atividade bélica do Estado.

10. Dela decorre, por exemplo, um tipo particular de treinamento da tropa. Para formar o policial, utilizam-se as mesmas técnicas utilizadas para se formar um soldado – técnicas adequadas para a guerra. As estratégias militares de ocupação e combate predominam sobre a investigação e a inteligência policial. Ao invés de investigar e atuar cirurgicamente para obter

[2] V. Carlos Magno Nazareth Cerqueira, *O futuro de uma ilusão:* o sonho de uma nova polícia, 2001; João Ricardo Wanderley Dornelles, Violência urbana, direitos da cidadania e políticas de segurança no contexto de consolidação das instituições democráticas e das reformas econômicas neoliberais, *Discursos Sediciosos 4* (103), 1997; Vitória Amélia de B. C. G Sulocki, *Segurança pública e democracia:* aspectos constitucionais das políticas públicas de segurança, 2007; Cláudio Pereira de Souza Neto, *A segurança pública na Constituição Federal de 1988:* conceituação constitucionalmente adequada, competências federativas e definição dos órgãos de execução das políticas, *mimeo*, 2007.

resultados específicos, as autoridades se engajam em grandes operações de choque e ocupação. A truculência dos aparelhos de Estado é convertida em procedimento normal, nada obstante os inúmeros efeitos colaterais que provoca.

11. Para esse primeiro ponto de vista, a atuação das Forças Armadas em operações de segurança é não só aceitável como desejável. Não há diferenças substantivas entre o policial e o soldado. Ambos têm missões e modos de atuação semelhantes, e são igualmente talhados para o combate aos "soldados do tráfico". Se o governo estadual não tem meios de "ganhar a guerra", não há razões para deixar de se contar com o poder militar de que dispõe o País, sob o comando do Governo da União. Nessa retórica do enfrentamento bélico, a participação das Forças Armadas em ações de segurança se converte em condição *sine qua non* para se alcançar a vitória final sobre o crime.

12. A segunda concepção entende que as políticas de segurança compõem um *serviço* a ser prestado à comunidade. Ao invés da figura do inimigo, o *cidadão* passa a ocupar o lugar de destinatário das políticas de segurança. A truculência policial distribuída de maneira indiscriminada nas "áreas ocupadas" é substituída pela atuação cirúrgica precedida de investigação criminal. Os efeitos colaterais das ações de polícia são amplamente considerados tanto no planejamento quanto na execução dessas ações. Como serviço público, procura-se *universalizar* a segurança de maneira *igual*, não discriminando os cidadãos, seja de acordo com a etnia ou classe social, seja conforme o local de moradia. Todos são cidadãos que merecem a proteção do Estado[3].

13. Essa segunda concepção é, como regra geral, refratária à utilização das Forças Armadas em ações de segurança pública. Entende que as Forças Armadas não estão preparadas para prestar esse serviço público. Não é para isso que os militares são formados. Pelo contrário, conceber a segurança pública como serviço público a ser prestado aos cidadãos significa enfatizar, na formação dos policiais, não apenas as técnicas de enfrentamento de situações de conflito armado. Significa valorizar também temas como direitos humanos, relações públicas e participação da comunidade. Significa, sobretudo, preparar para a investigação e para a inteligência policial.

14. Nada obstante as duas concepções tenham disputado a adesão pública nos últimos vinte anos, apenas a segunda, que concebe a segurança pública como serviço público, é compatível com o texto constitucional. Apenas ela se harmoniza com o *Estado democrático de direito* e com a *normalidade constitucional*, ao tratar todos os cidadãos como *dignos de igual respeito* e consideração e ao superar a lógica bélica do confronto "amigo-inimigo".

15. Daí não deriva, contudo, a impossibilidade de o Estado lançar mão da força, inclusive do poder militar, quando isso for *necessário*, pela circunstância de os meios normais de garantia da segurança se mostrarem insuficientes. É sob esse prisma, da atuação restrita a momentos de necessidade, em que a ordem pública esteja efetivamente em risco, que deve ser concebida a execução pelas Forças Armadas de ações de segurança. No ambiente de normalidade social, a segurança pública deve ser entendida como serviço público prestado, em conjunto com outros serviços, à totalidade dos cidadãos.

II. Autonomia dos estados-membros e repartição de competências federativas na matéria

16. A Federação, como é de conhecimento convencional, é uma forma de distribuir territorialmente o poder político, de modo que passam a coexistir dois (ou mais) níveis de poder no âmbito de um mesmo Estado: o ente central e os entes locais. Independente de haverem se

---

[3] Não é por outra razão que o Supremo Tribunal Federal entendeu que a segurança pública era serviço público a ser mantido através de impostos, não através de taxas. V. STF, *DJU* 22 out.1999, ADI 1942/PA, Rel. Min. Moreira Alves.

formado por agregação ou por desagregação, todos os Estados federais procuram produzir o melhor equilíbrio possível entre dois elementos: a garantia da *unidade* nacional e a preservação da *diversidade* própria das localidades[4].

17. Sob a ótica do elemento *diversidade local,* as Constituições atribuem um espaço próprio de competências a cada um dos entes federativos, que corresponde aos contornos de sua autonomia. É bem de ver que os entes federativos não são dotados de soberania, mas apenas da autonomia que lhes é demarcada pela Constituição[5]. Não há hierarquia entre os entes, mas todos estão submetidos à Constituição Federal e a seus comandos[6].

18. Sob a ótica da *unidade nacional*, as Constituições estabelecem regras obrigatórias para todos os entes federativos, bem como um mecanismo excepcional de proteção dessas regras: a intervenção do ente central nos entes locais[7], que será examinada mais adiante. Note-se que a idéia de que os entes federativos poderiam desenvolver suas competências sem contato uns com os outros é ilusória e equivocada. Não fosse por outras razões, bastaria o fato de que, na realidade, os entes federativos "existem" sobre um mesmo território. O ente central não dispõe de um território diverso daquele dos Estados-membros, de modo que o desenvolvimento de suas competências dar-se-á, necessariamente, nesse espaço físico comum[8].

19. Esse quadro de interações entre os entes federativos acentua-se consideravelmente tendo em conta os modelos contemporâneos de *federalismo cooperativo* – do qual a Constituição de 1988 é um exemplo –, em que as competências dos entes não são estanques, mas se comunicam sob variadas formas. No caso brasileiro, como se sabe, há competências concorrentes ou comuns tanto em matéria legislativa[9], como no que diz respeito à atuação político-administrativa e à prestação de serviços[10]. Nesse contexto, o relacionamento entre os entes é indispensável. O tema do federalismo cooperativo será retomado mais adiante, quando for examinada a possibilidade de União e Estados estabelecerem *convênios* no campo da segurança pública.

20. As competências federativas em matéria de segurança pública estão fixadas no art. 144 da Constituição Federal, já referido. Ali estão assinalados os órgãos que deverão desempenhá-las e definidas as respectivas atribuições. Tais órgãos são vinculados à União ou aos Estados-membros, tendo em conta a predominância do interesse tutelado.

21. Aos *Estados,* em regra, cabe o *policiamento ostensivo*. A tarefa é cometida à *polícia militar*.

---

4 Augusto Zimmermann, *Teoria geral do federalismo democrático*, 1999, p. 47; e Luís Roberto Barroso, *Direito constitucional brasileiro: O problema da Federação*, 1982, p. 27: "Como bem observou Durand, o objetivo que se procura atingir através da fórmula federativa é realizar e assegurar a unidade humana, jurídica e econômica de toda a nação, resguardando, todavia, com essa ressalva, o livre ajuizamento e a ampla disciplina dos interesses e particularismos locais". Na jurisprudência, v. STF, *DJU* 7 mai. 1993, ADI-MC 216/PB, Rel. Min. Celso de Mello: "O Estado Federal exprime, no plano da organização jurídica, a *síntese* que decorre de dois movimentos que se antagonizam: a tendência à unidade ou à centralização, que se rege pelo *princípio unitário*, e a tendência à pluralidade, ou à descentralização, que se funda no *princípio federativo*".

5 José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 2001, p. 104: "(...) hoje, está definido que o Estado federal, o todo, como pessoa reconhecida pelo Direito internacional, é o único titular da soberania, considerada *poder supremo consistente na capacidade de autodeterminação*. Os Estados federados são titulares tão-só de autonomia, compreendida como *governo próprio dentro do círculo de competências traçadas pela Constituição Federal*"; e Quiroga Lavié, *Curso de derecho constitucional*, 1987, p. 163: "(...) en la federación el sistema nace de una constitución que organiza un Estado soberano, dentro del cual las provincias o Estados miembros son sólo autónomos y heterónomos, es decir que si bien crean su propio derecho y eligen a sus autoridades, lo hacen en el marco de la supremacía de la Constitución federal del Estado".

6 Luís Roberto Barroso, *Direito constitucional brasileiro: O problema da Federação,* 1982, p. 24: "Portanto (...), do ponto de vista teórico não há superioridade da União em face dos Estados-membros, eis que cada um atua num âmbito próprio, determinado, exclusivo e excludente, dentro da discriminação de competências determinada pela Constituição Federal". No mesmo sentido, v. André Ramos Tavares, *Curso de direito constitucional*, 2002, p. 727-8: "Todos os componentes do Estado federal (...) encontram-se no mesmo patamar hierárquico, ou seja, não há hierarquia entre essas diversas entidades, ainda que alguma seja federal e outras estaduais ou municipais".

7 CF/88, art. 34.

8 O território (entendido como espaço físico) da União abrange toda a República, isto é, o conjunto de todos os territórios dos Estados-membros. Considerando, porém, *território* como âmbito de validade da ordem jurídica, o da União será menor do que o do ente global (a República Federativa). V. José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 2001, p. 495.

9 CF/88, art. 24.

10 CF/88, art. 23.

Trata-se de policiamento fardado, cuja função é mostrar a presença policial nas ruas, inibindo a prática de delitos. A atividade é tipicamente preventiva, bem como de repressão imediata dos delitos. A polícia militar é responsável ainda pela atividade de *choque*, através da qual busca conter distúrbios, preservando a ordem pública. Tais funções da polícia militar estadual estão definidas no §5º do artigo 144: *"às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública"*. A subordinação aos governos estaduais é instituída no §6º: *"As polícias militares* (...) *subordinam-se* (...) *aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios"*[11].

22. Aos governos estaduais cabe ainda a função de *polícia judiciária* estadual e de *polícia de investigações*. Essas funções são exercidas pela *polícia civil* estadual, como determina o §4º do artigo 144: *"às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares"*. As polícias civis estaduais devem apurar a prática de crimes e realizar as diligências determinadas pelas autoridades judiciais. Sua atuação é predominantemente repressiva. Ao invés da exposição pública da força policial, com o propósito de inibir a prática de delitos, a polícia civil se caracteriza por atuar quando os crimes já foram praticados, investigando-os e cuidando para que sejam levados a julgamento[12].

23. A *União* também atua na área da segurança. Assim é que, por meio da *polícia rodoviária federal* e da *polícia ferroviária federal*, realiza o *patrulhamento ostensivo*, respectivamente, das rodovias e das ferrovias federais. (art. 144, §§ 2º e 3º). Embora não sejam polícias militares, mas civis, ambas devem atuar uniformizadas, ostentando a presença policial com o propósito de evitar que crimes sejam praticados ou de reprimi-los de maneira imediata[13]. A União desempenha, igualmente, competências de *polícia judiciária*. Com efeito, além das funções de *"polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras"*, cabe à Polícia Federal atuação análoga à da Polícia Civil no plano estadual.[14] Suas atribuições principais são apurar delitos em que predomine o interesse nacional e realizar diligências determinadas por autoridade judiciária federal[15].

24. Tal distribuição de competências ocorre em conformidade com o *princípio da predominância do interesse* [16]. Compete à União tratar das questões de interesse *nacional*; aos Estados, cabem as matérias de interesse regional. No que concerne à segurança, tal divisão é observada claramente na Constituição. Assim, por exemplo, a União realiza o policiamento ostensivo de rodovias e ferrovias federais, que cruzam diversos Estados, e apura infrações que geram repercussão interestadual ou internacional; os Estados cuidam do policiamento ostensivo nas cidades e nas

---

[11] Sobre o conceito de policiamento ostensivo, v. Acácia Maduro Hagen, As classificações do trabalho policial, *Revista de Estudos Criminais 6* (22): 121, abr./jun. 2006.

[12] V. Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, Sobre a posição da polícia judiciária na estrutura do direito processual penal brasileiro da atualidade, *Revista Brasileira de Ciências Criminais 7* (26): 213, 1999; Carina Quito; Diogo Rudge Malan, Resolução CJF n. 507/06 e direitos fundamentais do investigado, *Boletim IBCCrim 14* (165): 18, 2006; Alberto Zacharias Toron; Maurides de Melo Ribeiro, Quem tem medo da publicidade no inquérito? *Boletim IBCCrim 7* (84): 13, 1999.

[13] As competências da Polícia Rodoviária Federal estão fixadas no artigo 20 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9503/97), no Decreto n. 1.655, de 03 de outubro de 1995, e no Regimento Interno da Polícia Rodoviária Federal (Portaria Ministerial n. 122, de 20 de março de 1997).

[14] De acordo com o §1º do art. 144, cabe à *Polícia Federal* "*apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei*". Cabe-lhe ainda *"prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho"*. A Polícia Federal exercerá, com exclusividade, as funções de *"polícia judiciária da União"*.

[15] Essas competências são regulamentadas em vários diplomas legais. V. p. ex.: Lei n. 10.446/2002; Lei n. 9.017/95; Lei n. 7.102/83.

[16] V. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 2001, p. 480: "O princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado Federal é o da predominância do interesse, segundo o qual à União caberão aquelas matérias e questões de predomi- nante interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional, e aos Municípios concernem os *assuntos de interesse local*, tendo a Constituição vigente desprezado o velho conceito do peculiar interesse local que não lograra conceituação satisfatória num século de vigência."

rodovias e ferrovias estaduais, e investigam os crimes cuja repercussão tende a se restringir ao âmbito de suas fronteiras.

25. Como se vê, as Forças Armadas *não* estão expressamente previstas no rol dos órgãos de segurança pública presente do art. 144 da Constituição Federal. No entanto, sua participação na segurança também possui fundamento constitucional. De fato, de acordo com o já citado art. 142, as Forças Armadas destinam-se não só à defesa da Pátria, mas também à garantia dos poderes constitucionais e da *lei* e da *ordem*. A polêmica sobre a realização, pelas Forças Armadas, de ações de segurança diz respeito, principalmente, ao policiamento ostensivo e ao de choque no âmbito interno aos Estados – atividades atribuídas pela Constituição Federal às polícias militares estaduais. Como se analisará em maior detalhe, isso é possível em algumas situações admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Parte II
Forças Armadas, segurança pública e garantia da Constituição, da lei e da ordem

III. Defesa do Estado, das instituições democráticas e da federação

26. As hipóteses estudadas no presente tópico têm previsão constitucional expressa e disciplina analítica. As ações de segurança pública associadas a tais situações interferem, potencialmente, com o exercício de direitos fundamentais e com a autonomia federativa. Por tais razões, o eventual emprego das Forças Armadas nesses contextos estará sujeito a limites e controles políticos especiais, que incluem restrição de tempo, demarcação de área geográfica e fiscalização parlamentar rígida. É de interesse assinalar que as três medidas excepcionais aqui tratadas constituem limitações circunstanciais ao poder constituinte derivado, impedindo seja emendada a Constituição durante sua vigência[17].

1. Intervenção federal

27. A regra geral que caracteriza o sistema federativo é a da não-intervenção da União nos Estado[18], corolário da autonomia que é atribuída aos entes que compõem a Federação. De acordo com o art. 34, *"a União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federa, exceto para: (...)I"*. A intervenção federal é o instituto que permite a interferência de um nível de poder sobre o outro. Sendo excepcional, apenas será possível nos casos previstos taxativamente na Constituição, havendo responsabilização do agente quando feita fora das hipóteses estritamente previstas[19]. Seus pressupostos de fundo são situações críticas que põem em

[17] CF/88, art. 60, § 1º: "A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio".

[18] V. Milton Luiz Pereira, Intervenção federal: requisição judicial, *Fórum Administrativo 7*:914, 2001: "Sim, o princípio é da não-intervenção. Mas, como adiantado, o próprio sistema constitucional obriga a possibilidade de intervenção contra as reações ofensivas à repartição de competências. Proclama-se, assim, a intervenção como antídoto constitucional aos comportamentos desagregadores, quando necessária à harmonia da unidade federativa".

[19] V. STF, *DJ* 16 set.1998, 591-9/BA, Rel Min. Celso de Mello,: "O instituto da intervenção federal, consagrado no texto de todas as Constituições republicanas brasileiras, representa um elemento fundamental, tanto na construção da doutrina do Estado Federal, quanto na *praxis* do federalismo. O mecanismo de intervenção constitui instrumento essencial a viabilização do próprio sistema federativo, e, não obstante o caráter excepcional de sua utilização - necessariamente limitada as hipóteses taxativamente definidas na Carta Política -, mostra-se impregnado de múltiplas funções de ordem político-jurídica, destinadas (a) a tornar efetiva a intangibilidade do vinculo federativo, (b) a fazer respeitar a integridade territorial das unidades federadas, (c) a promover a unidade do Estado Federal e (d) a preservar a incolumidade dos princípios fundamentais proclamados pela Constituição da República. A intervenção federal, na realidade, configura expressivo elemento de estabilização da ordem normativa plasmada na Constituição da República. É-lhe inerente a condição de instrumento de defesa dos postulados sobre os quais se estrutura, em nosso País, a ordem republicano-federativa".

risco a segurança do Estado, a ordem pública, o equilíbrio federativo, as finanças estaduais e a estabilidade da ordem constitucional[20, 21].

28. A hipótese de intervenção relevante para este estudo é a do inciso III do artigo 34: *por termo a grave comprometimento da ordem pública*. Para que se justifique a intervenção federal, deve se tratar de um *comprometimento da ordem pública* inequívoco, concreto, objetivo[22]. O preceito constitucional não se refere a qualquer desordem ou perturbação, mas somente àquela que o Estado-membro não possa ou não esteja interessado em superar. Se esse for o caso, justificar-se-á a intervenção federal e a respectiva utilização das Forças Armadas, que atuarão no sentido de restabelecer a ordem. As Forças Armadas são o instrumento mais efetivo de que dispõe a União para por termo ao grave comprometimento da ordem pública.

29. Note-se que, não é necessário que a União assuma a totalidade do governo estadual. A intervenção pode se restringir ao setor da segurança pública. Não é tampouco necessário que a intervenção recaia sobre a totalidade do território estadual, podendo se restringir às áreas em que o comprometimento da ordem pública se verifique. Como determina o artigo 34, §1º, o decreto de intervenção "especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução" e, "se couber, nomeará o interventor". Decretada a intervenção, o Governo federal assumirá o controle dos órgãos estaduais de segurança, que atuarão sob as ordens do interventor, em conjunto com as Forças Armadas. Se a intervenção se restringir apenas a determinadas áreas do território estadual, somente os órgãos policiais que atuam nessas áreas passarão ao comando militar federal.

30. Uma vez presentes os pressupostos de fato, o ato de intervenção deverá respeitar também seus pressupostos formais, estabelecidos no art. 36 da Carta da República. Na hipótese de grave comprometimento da ordem pública, a sua simples verificação autoriza a intervenção, não sendo necessária solicitação de poderes constitucionais coactos ou impedidos, nem requisição do Supremo Tribunal Federal. Antes de decretar a intervenção, o Presidente deve apenas consultar o Conselho de Defesa Nacional[23], cuja opinião, no entanto, não o vincula.

31. Após a decretação da intervenção, o ato é submetido à apreciação do Congresso Nacional, no prazo de 24 horas (CF, art. 36, § 1º). A intervenção classifica-se como ato complexo, uma vez que necessita da convergência de vontades do Presidente da República e do órgão legislativo competente para apreciar o ato. Como se trata de ato que implica relativização da autonomia do Estado, o controle parlamentar é fundamental, para evitar que o Executivo federal pratique abusos. Isso não significa, porém, que o ato interventivo não possa produzir efeitos válidos antes da aprovação parlamentar. A desaprovação apenas produzirá efeitos *ex nunc*[24].

---

[20] CF/88, art. 34:"A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: I - manter a integridade nacional; II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra; III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública; IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação; V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que: a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior; b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei; VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial; VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde".

[21] Segundo Leila Maria Bittencourt da Silva, A defesa do Estado e a ordem pública, *Revista Forense 379*: 414, 2005: "Em face da impossibilidade da Secretaria de Segurança Pública pôr fim ao caos urbano, o Presidente da República para decretar intervenção federal deverá verificar: 1) se há perturbação de ordem pública; 2) se há ineficiência ou impossibilidade dos órgãos da Secretaria de Segurança Pública para coibirem as atividades delituosas; 3) se é constatada a violação de direitos constitucionais fundamentais".

[22] Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, tomo II, 2002, p. 387.

[23] CF/88, art. 91, § 1º: "Compete ao Conselho de Defesa Nacional: II - opinar sobre a decretação do estado de defesa, do estado de sítio e da intervenção federal."

[24] V. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, volume 1, 2000, p. 239.

2. Estado de defesa

32. Outra possibilidade de as Forças Armadas realizarem operações de segurança pública é através da decretação de estado de defesa. O estado de defesa, em conjunto com o estado de sítio[25], compõe o chamado sistema constitucional das crises. Tal sistema se consubstancia em conjunto ordenado de normas constitucionais que, informadas pelos princípios da necessidade e da temporariedade, tem por objetivo permitir que se promova a manutenção ou o restabelecimento da normalidade constitucional[26]. A atuação federal procurará devolver o País ao *status quo ante*, com menor sacrifício possível. Nesses momentos, "*a legalidade normal é substituída por uma legalidade extraordinária*"[27], em defesa do Estado e das instituições democráticas.

33. Durante sua vigência, poderão ser tomadas as seguinte medidas coercitivas:

(i) restrição ao direito de reunião, ainda que exercida no seio das associações;
(ii) restrição ao sigilo de correspondência;
(iii) restrição ao sigilo de comunicação telegráfica e telefônica;
(iv) ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública respondendo a União pelos danos e custos decorrentes;
(v) prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida pelo prazo não superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário[28].

34. Os fundamentos para a decretação do estado de defesa estão previstos no art. 136 da Constituição Federal. O estado de defesa será decretado quando se configurar grave e iminente instabilidade institucional ou calamidade de grandes proporções, que ameacem a ordem pública ou a paz social. Embora conceitos como os de "ordem pública" e "paz social" sejam dotados de grande indeterminação, não é lícito ampliá-los ilimitadamente[29]. Como regra geral, a existência de uma greve, por exemplo, por mais prolongada que seja, não será ameaça justificadora da decretação do estado de defesa.

35. Na verdade, a justificação do estado de defesa implica sempre uma ponderação entre a proteção da ordem pública e a limitação dos direitos individuais que a medida permite. Também aqui se aplica a máxima da proibição do excesso: "não se abatem pardais com canhões"[30]. Não

---

[25] Segundo Alexandre de Moraes, *Constituição do Brasil interpretada,* 2003, p. 1633, "O *Estado de Defesa* é uma modalidade mais branda de Estado de sítio e corresponde às antigas *medidas de emergência* do direito constitucional anterior e não exige para a sua decretação, por parte do Presidente da República, autorização do Congresso Nacional". Nesse sentido, v. também Humberto Pena de Moraes, Mecanismos de defesa do Estado e das instituições democráticas no sistema constitucional de 1988. Estado de defesa e estado de sítio, *Revista EMERJ 23*:201, 2003: "Correspondendo ao instituto das *medidas de emergência*, presente no Texto [constitucional] anterior, o *estado de defesa* consiste em uma forma mais branda de estado de sítio. Assim, o mecanismo em voga pode ser decretado para preservar, ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidade de grandes proporções na natureza".

[26] V. J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição,* 1997, p. 1049: "Qualquer que seja o enunciado lingüístico e qualquer que seja a pré-compreensão dos autores relativa ao direito de excepção, o leque de questões subjacente à constitucionalização do regime de necessidade do Estado reconduz-se fundamentalmente ao seguinte: previsão e delimitação normativo-constitucional de instituições e medidas necessárias para a defesa da ordem constitucional em caso de situação de anormalidade que, não podendo ser eliminadas ou combatidas pelos meios normais previstos na Constituição, exigem o recurso a meios excepcionais. Trata-se, por conseguinte, de submeter as situações de crise e de emergência (guerra, tumultos, calamidades públicas) à própria Constituição, constitucionalizando o recurso a meios excepcionais, necessários, adequados e proporcionais, para se obter o 'restabelecimento da normalidade constitucional'."

[27] José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional positivo*, 2001, p. 739.

[28] CF, art. 136, §§ 1º e 3º.

[29] V. p. ex., Gustavo Binenbojm, *Uma teoria do direito administrativo*, 2006, p. 212: "Com efeito, as normas jurídicas podem trazer, em seu enunciado, *conceitos objetivos* (idade, sexo, hora, lugar), que não geram dúvidas quanto à extensão de seu alcance; *conceitos cujo conteúdo é decifrável objetivamente*, *com recurso à experiência comum ou a conhecimentos científicos* (chuva de granizo, morte natural, tráfego lento); e finalmente, *conceitos que requerem do intérprete da norma uma valoração* (interesse público, urgência, bons antecedentes, notório saber, reputação ilibada, notória especialização). Estes últimos integram o que se entende por *conceitos jurídicos indeterminados*, cujo processo de aplicação causa dúvidas e controvérsias, propugnando-se ora por um controle jurisdicional amplo, ora um controle limitado, dependendo de sua associação ou dissociação da discricionariedade."

[30] No estado de defesa, as medidas excepcionais incidem sobre locais determinados e restritos, atingidos pela agitação social ou calamidade da natureza. Pode ter, ainda, caráter preventivo, o que se deduz da palavra "preservar". Dessa maneira, havendo indícios sérios ou veementes da iminência de se verificar algum de seus pressupostos fáticos, a medida poderá ser decretada, evitando-se um mal maior. V. Roberto Barcellos de Magalhães, *Comentários à Constituição Federal de 1988*, vol. II, 1997, p. 110.

se pode perder de vista a seriedade do instituto, que pode autorizar restrições a direitos fundamentais que ocupam o cerne da normatividade subjacente ao Estado Democrático de Direito. A aplicação de tais medidas restritivas só se justifica em casos efetivamente graves.

36. O decreto presidencial determinará o prazo de duração e especificará as áreas abrangidas pela medida, bem como as providências coercitivas a serem adotadas. O tempo de duração não pode ser superior a trinta dias, havendo a possibilidade de apenas uma prorrogação, por igual período, se persistirem as razões que justificaram a decretação (CF, art. 136, § 2º). O decreto deve ainda estabelecer as áreas abrangidas pelo estado de defesa, além de indicar as medidas coercitivas a serem tomadas, dentre as discriminadas no art. 136, da Constituição Federal.

37. O aspecto espacial deve ser especialmente ressaltado. A atuação das Forças Armadas na execução das providências determinadas pelo Governo Federal deve se circunscrever às áreas delimitadas no decreto. O estado de defesa não precisa abranger todo o território nacional, e nem mesmo todo o território do Estado-membro. As medidas veiculadas no decreto podem incidir apenas sobre área determinada, em que se dará a atuação militar. Assim, é possível que o Presidente determine que as Forças Armadas atuem apenas em certa localidade. No restante do território do Estado-membro, o comando das políticas de segurança continua a cargo do governo estadual.

38. O mesmo pode ser dito sobre o aspecto temporal. O propósito do estado de defesa é tão-somente "*preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social*". Uma vez que as Forças Armadas tenham logrado êxito no cumprimento desse objetivo, sua presença não mais se justifica, não podendo se prolongar no tempo para além do que o decreto prevê. Como medida de legalidade excepcional, a possibilidade da decretação do estado de defesa informa-se pelo princípio da *necessidade*. Somente a insuficiência dos meios normais de garantia da ordem pública pode justificar a decretação do estado de defesa.

39. Em razão da gravidade das medidas adotadas, a Constituição institui diversos meios de controle dos abusos que eventualmente possam ser praticados. O controle se inicia pelo procedimento de decretação[31]. Antes de decretá-lo, o Presidente da República ouvirá o Conselho da República e o Conselho da Defesa Nacional (CF, arts. 90, I; 91, § 1º, II e 136[32]). A audiência de ambos é obrigatória. Porém, sua opinião não vincula o Presidente da República.

40. Depois da decretação, haverá a apreciação da medida pelo Congresso Nacional no prazo de vinte quatro horas. A deliberação congressual deverá necessariamente ser respeitada pelo Presidente da República. Caso o Congresso rejeite a decretação, seus efeitos são suspensos, sem prejuízo da responsabilidade pelos atos ilícitos já cometidos pelos seus realizadores (CF, arts. 136, § 7º, e 141). O controle congressual será também *concomitante* (art.140). Caberá à Mesa do Congresso Nacional (art. 57, § 5º) designar comissão composta por cinco membros para acompanhar e fiscalizar a execução de medidas referentes ao estado de defesa.

41. Por fim, o controle exercido pelo Congresso será ainda *sucessivo*, incidindo posteriormente ao término da vigência do estado de defesa e à cessação dos seus efeitos (art. 141, parágrafo único). Logo que este termine, as medidas aplicadas serão relatadas pelo Presidente da República em mensagem ao Congresso Nacional. Do relatório, devem constar a fundamentação das providências tomadas, a relação nominal dos atingidos e a indicação das restrições aplicadas. Se

---

[31] Nos dizeres de Nagib Slaibi Filho, *Direito Constitucional*, 2004, p. 787, "o decreto que introduz estado de defesa é *ato composto*, produzindo efeitos desde sua vigência, embora necessite de homologação congressual para sua manutenção. A rejeição pelo Congresso (art. 136, § 7º) opera *ex nunc*, significando que os atos até então produzidos são válidos e eficazes".

[32] CF/88, art. 90: "Compete ao Conselho da República pronunciar-se sobre: I - intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio." CF/88, art. 91, § 1º: "Compete ao Conselho de Defesa Nacional: II - opinar sobre a decretação do estado de defesa, do estado de sítio e da intervenção federal."

o Congresso concluir que houve arbítrio ou excesso, ficará configurado crime de responsabilidade[33].

42. Além do controle político, feito pelo Congresso Nacional, o estado de defesa se submete também a controle jurisdicional. A prisão pela prática de crime contra o Estado deve ser comunicada ao juiz competente, que a relaxará, caso não seja legal, facultando ao preso requerer exame de corpo delito à autoridade policial (CF, art. 139, § 3º). A prisão não poderá ser superior a dez dias, salvo autorização do Poder Judiciário. É vedada a incomunicabilidade do preso. Cessados os efeitos do estado de defesa, as medidas adotadas pelos executores ficam também submetidas ao controle sucessivo do Judiciário.

43. Como se observa, a atuação das Forças Armadas para cumprir as medidas determinadas no âmbito da vigência de estado de defesa são submetidas a forte controle político e jurisdicional. O rigor do controle se justifica pela circunstância de implicar a relativização da autonomia estadual e a limitação temporária de direitos fundamentais. Pelas mesmas razões, o estado de sítio também se submete a controles políticos e jurisdicionais, só que ainda mais rigorosos, já que a suspensão da normalidade institucional se dá em grau ainda mais acentuado.

3. Estado de sítio

44. O estado de sítio consiste na instauração de uma legalidade extraordinária, por determinado tempo e em certa área, objetivando preservar ou restaurar a normalidade constitucional, perturbada por comoção grave de repercussão nacional ou por situação beligerante com Estado estrangeiro. É medida mais grave que o estado de defesa. As restrições a direitos fundamentais são ainda maiores no estado de sítio. Durante sua vigência, poderão ser tomadas as seguinte medidas coercitivas:

(i) obrigação de permanência em localidade determinada;

(ii) detenção em edifício não destinados a acusados ou condenados por crimes comuns (como quartéis da Marinha, do Exército e da Aeronáutica);

(iii) restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das telecomunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;

(iv) suspensão da liberdade de reunião;

(v) busca e apreensão em domicílio;

(vi) intervenção nas empresas de serviços públicos (telecomunicações, transporte, fornecimento de água, etc.); e

(vii) requisição de bens[34].

45. O art. 137 da Constituição Federal fixa as hipóteses e condições para a decretação do estado de sítio[35]. Para os fins aqui visados, importam as duas situações previstas no inciso I. Em primeiro lugar, o estado de sítio poderá ser decretado quando tenha lugar *grave comoção de repercussão nacional*. Nesse caso, deve-se analisar a extensão da crise. No estado de defesa, a

[33] De acordo com o art. 85 da Constituição Federal, "são crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: I - a existência da União; II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; IV - a segurança interna do País; V - a probidade na administração; VI - a lei orçamentária; VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

[34] Constituição Federal, art. 139.

[35] CF/88, art. 137: "O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de: I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; II - declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira. Parágrafo único. O Presidente da República, ao solicitar autorização para decretar o estado de sítio ou sua prorrogação, relatará os motivos determinantes do pedido, devendo o Congresso Nacional decidir por maioria absoluta".

instabilidade institucional capaz de ameaçar a paz social e a ordem pública ocorre em locais restritos e determinados. Apenas quando a crise é generalizada, gerando "repercussão nacional", justifica-se a decretação do estado de sítio.

46. O art. 137, I, da Constituição Federal prevê ainda a possibilidade de se decretar estado de sítio quando ocorrerem fatos que comprovem a *ineficácia das medidas adotadas durante o estado de defesa*. A instabilidade legitimadora da decretação de estado de defesa pode se mostrar mais grave, exigindo medidas adicionais. Nesse caso, o Presidente poderá decretar o estado de sítio.

47. A competência para decretar o estado de sítio é do Presidente da República. No entanto, da mesma forma que no estado de defesa, o Presidente deve ouvir os Conselhos da República e de Defesa Nacional, cujos pronunciamentos, todavia, não o vinculam (CF, 137, *caput*). Além disso, deve solicitar autorização ao Congresso Nacional, não podendo tomar as medidas até que a decisão congressual sobrevenha. Apenas eventualmente, em contextos em que a crise seja efetivamente muito grave, exigindo medidas inadiáveis, pode-se justificar a atuação imediata do Presidente da República[36].

48. O decreto presidencial indicará a duração do estado de sítio, as medidas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, além de designar o executor das medidas e estabelecer as áreas abrangidas (CF, art. 138). Tendo em vista o enorme poder que atribui ao Presidente, a crise interna deve ser muito grave para que se justifique a utilização desse mecanismo excpcional de defesa institucional. Tanto a decretação do estado de sítio quanto as medidas que serão autorizadas pelo ato presidencial devem se legitimar pelo critério da *necessidade*. Se for possível recompor a normalidade institucional e social através de medidas menos gravosas, estas devem ser preferidas.

49. Assim como no estado de defesa, o juízo de conveniência de instauração do estado de sítio, que cabe ao Presidente da República, estará sujeito a controle político e jurisdicional. Como ressalta Rui Barbosa, trata-se de *"um regime extraordinário, mas não discricionário, um regime de exceção, mas de exceção circunscrita pelo direito constitucional, submetida à vigilância das autoridades constitucionais, obrigada a uma liquidação constitucional de responsabilidades. É uma situação de arbítrio, mas arbítrio parcial, relativo, encerrado nas fronteiras de uma legalidade clara, imperativa, terminante, e em coexistência com o qual se mantêm os códigos, os tribunais, o corpo legislativo"*[37].

50. O controle político se realiza pelo Congresso Nacional em três momentos[38]. Há *controle prévio*, que não existe no estado de defesa. A decretação do estado de sítio exige sua aprovação anterior pelo Legislativo (art. 137, *caput,* e parágrafo único). Note-se que o estado de sítio, nas hipóteses ora examinadas, *"não poderá ser decretado por mais de trinta dias, nem prorrogado, de cada vez, por prazo superior"*. A cada prorrogação deverá ser solicitado no pronunciamento do Congresso Nacional (CF, art.138, §1º). Como o estado de sítio é mais gravosa que o estado de defesa, o controle sobre ele incidente também é mais intenso, exigindo-se aprovação congressual prévia.

51. Há, ainda, *controle concomitante*, pois cabe à Mesa do Congresso designar cinco membros para fiscalizar a execução das medidas (CF, art. 140); e *controle sucessivo*, pois, quando cessados os efeitos do estado de sítio, as providências serão relatadas pelo Presidente da República ao Congresso Nacional (CF, art. 141, parágrafo único). Essas duas modalidades de controle incidem

---

[36] V. Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, 5º volume, 2000, p. 76.

[37] Rui Barbasa, *Obras completas,* vol. XL, Tomo VI, 1991, p. 225.

[38] Nagib Slaibi Filho, *Direito Constitucional*, 2004, p. 792, "a decretação de estado de sítio é ato jurídico complexo, pois só no concurso das vontades do órgão executivo e do órgão legislativo é que há os elementos essenciais para sua existência: ato jurídico anterior é o do Poder Legislativo e ato jurídico posterior o do Presidente da República".

também sobre as medidas adotadas na vigência do estado de defesa, como antes esclarecido, ao contrário do que ocorre com o controle prévio.

52. O controle jurisdicional concerne, sobretudo, aos limites das restrições autorizadas. Se os executores cometerem abuso ou excesso de poder durante a vigência do estado de sítio, seus atos ficam submetidos à apreciação judicial. Mesmo cessados os efeitos do estado de sítio, podem os agentes ser responsabilizados por suas condutas ilícitas. O estado de sítio implica a suspensão de diversas franquias democráticas, instaurando um contexto de legalidade excepcional. Esta, contudo, deve ser observada, e caberá também ao Judiciário garantir que isso se ocorra.

IV. Outras hipóteses legítimas de intervenções pontuais das Forças Armadas

53. As possibilidades de atuação das Forças Armadas em ações de segurança, tratadas nesse tópico, diferem significativamente das anteriores, por não interferirem com o exercício de direitos fundamentais nem com a autonomia dos Estados. Embora contem, como indispensável, com lastro constitucional, sua previsão e disciplina se dão em normas infraconstitucionais, especialmente: a Lei Complementar nº 97, de 9.06.1999; o Decreto nº 3.897, de 24.08.2001; e o Código de Processo Penal Militar. Examinam-se, a seguir, três situações de emprego das Forças Armadas, a saber: (i) para realizar ações de segurança quando predomina o interesse nacional ou internacional; (ii) por solicitação do Governados de Estado; e (iii) para cumprir diligências determinadas no âmbito de inquérito policial militar.

1. Ações de segurança nas quais haja predominância do interesse nacional

54. As Forças Armadas podem realizar normalmente operações de policiamento ostensivo naquelas circunstâncias em que predomine o interesse nacional, como é o caso, em especial, de eventos oficiais em que estejam presentes representantes de outras nações. Foi o que ocorreu, em 1992, na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO 92); em dezembro 1998, na 15ª reunião do Mercosul; em março 1999, na reunião de 49 chefes de Estado dos países da América Latina, Caribe e União Européia; em novembro de 2004, na 18ª reunião do Grupo do Rio; em janeiro de 2007, na cúpula de chefes do Mercosul[39].

55. A hipótese está regulada no artigo 5º, parágrafo único, do Decreto nº 3.897/2001, segundo o qual o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem abrange hipóteses em que *"se presuma ser possível a perturbação da ordem, tais como as relativas a eventos oficiais ou públicos, particularmente os que contem com a participação de Chefe de Estado, ou de Governo, estrangeiro, e à realização de pleitos eleitorais, nesse caso quando solicitado"*. Nesses casos, *"as Forças Armadas atuarão em articulação com as autoridades locais"* (art. 5º, parágrafo único).

56. A hipótese, que é a mais comum, não exibe as complexidades das demais. A competência da União se define através do critério da *predominância do interesse*. Compete à União manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais (CF, art. 21, I). Compete-lhe também garantir a segurança de representantes estrangeiros quando em visita ao território nacional. A matéria não é concernente à esfera estadual, nada obstante seja desejável que as Forças Armadas cumpram sua missão de modo articulado com os órgãos estaduais de segurança, como determina o preceito acima mencionado.

[39] Carmen Munari, Militares discutem segurança com governo do Rio. In: http://br.today.reuters.com/news/newsArticle.aspx. Acesso em: 12 abr. 2007.

2. Ações de segurança por solicitação do Governador de Estado

57. A possibilidade de as Forças Armadas serem empregadas em operações de segurança pública por pedido do Governador do Estado é regulada pela Lei Complementar nº 97/99, com a redação dada pela Lei Complementar 117/2004. Trata-se de Lei prevista no artigo 142, § 1º, da Constituição Federal: *"Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas"*. Como se observará, as Forças Armadas poderão praticar ações de segurança sem que seja necessária a decretação das medidas de exceção constitucional acima examinadas.

58. O emprego das Forças Armadas poderá ocorrer na garantia da lei e da ordem, após esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio relacionados no art. 144 da Constituição Federal – Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícias Civis, Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares. Consideram-se esgotados os instrumentos relacionados no art. 144 justamente quando, em determinado momento, isso for formalmente reconhecido pelo chefe do Poder Executivo estadual. Confira-se a redação do artigo 15, § 2º, da Lei Complementar 97/99:

"A atuação das Forças Armadas, na garantia da lei e da ordem, por iniciativa de quaisquer dos poderes constitucionais, ocorrerá de acordo com as diretrizes baixadas em ato do Presidente da República, após esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, relacionados no art. 144 da Constituição Federal".

59. Note-se que os meios previstos no art. 144 devem estar indisponíveis ou serem inexistentes ou insuficientes para o desempenho regular de sua missão constitucional. Depreende-se daí que o chefe do Poder Executivo não precisa esgotar os meios que constam do elenco do art. 144 da Constituição Federal, bastando a constatação prévia de que não serão suficientes para alcançar o resultado esperado. De acordo com o artigo 15, § 3º, da Lei Complementar 97/99:

"Consideram-se esgotados os instrumentos relacionados no art. 144 da Constituição Federal quando, em determinado momento, forem eles formalmente reconhecidos pelo respectivo Chefe do Poder Executivo Federal ou Estadual como indisponíveis, inexistentes ou insuficientes ao desempenho regular de sua missão constitucional. (Incluído pela Lei Complementar nº 117, de 2004)".

60. A Lei, portanto, permite que as Forças Armadas realizem operações de segurança pública sem que haja a necessidade de se decretar intervenção federal, estado de defesa ou estado de sítio. Essa circunstância, de fato, facilita que essa atuação tenha lugar. Foi esse justamente o propósito que guiou edição da Lei Complementar nº 97/99. O parecer da Comissão de Segurança da Câmara de Deputados sobre o então projeto de lei, relatado pelo Deputado Antonio Carlos Biscaia (PT-RJ) em 12 ago. 2004, reflete o entendimento predominante durante o processo legislativo: *"o projeto atende a reclamo de toda a sociedade brasileira e de diversos Parlamentares dessa Casa quanto à necessidade de intervenção das Forças Armadas quando os índices de violência e de criminalidade ficarem insustentáveis"*.

61. Inexiste pronunciamento específico do Supremo Tribunal Federal acerca dessa modalidade de execução de ações de segurança pelas Forças Armadas[40]. A hipótese, contudo,

---

[40] Sobre o tema, o hoje Ministro Enrique Ricardo Lewandowski assim se manifestou, em trabalho doutrinário: "A utilização das Forças Armadas para combater a violência urbana, em caráter permanente, é inconstitucional, embora seja lícito o seu emprego temporário e limitado, em situações de emergência, claramente caracterizadas. (...) Não se pode esquecer que a função primordial da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, segundo o texto constitucional, é assegurar a defesa da Pátria.A rigor, só quando os órgãos constitucionalmente responsáveis pela preservação da lei e da ordem entrarem em colapso é que as Forças Armadas poderão incumbir-se da tarefa". Forças Armadas no combate à violência, *RT Informa 31*, maio/junho de 2004, p. 4.

harmoniza-se com o texto constitucional. Considerando-se que a atuação das Forças Armadas, a esse título, depende de pedido formulado pelo Governador do Estado. Assim, é o Estado-membro que requer a ação militar, não a União que a determina unilateralmente, como ocorre na intervenção federal, no estado de defesa ou no estado de sítio. Na verdade, a Lei Complementar nº 97/99 cria um instituto plenamente inserido no modelo de federalismo que predomina na Constituição Federal de 1988 – o *federalismo cooperativo*[41].

62. O procedimento estabelecido na Lei Complementar 97/99 é plenamente compatível com esse modelo cooperativo de federação, sem deixar, tampouco, de se informar pelo *princípio da subsidiariedade*. Aplicado à organização federativa, esse princípio leva à impossibilidade de o Governo da União se incumbir de tarefas que os governos estaduais possam realizar[42]. Foi nesse sentido que a Constituição atribuiu aos Estados a competência em matéria de segurança pública. Mas, de acordo com o artigo 15, §§ 2º e 3º, da Lei Complementar 97/99, a atuação federal só se justifica quando o Estado-membro for incapaz de realizar sua tarefa, por terem se esgotado os meios de que dispõe.

63. Além disso, mesmo nessa hipótese, o emprego das Forças Armadas será feito *"de forma episódica, em área previamente estabelecida e por tempo limitado"*, de acordo com o artigo 15, § 4º, da Lei complementar 97/99. Daí se depreende que a atuação federal não precisará se estender por todo o território do estado, podendo se restringir apenas a áreas específicas, em que a presença das Forças Armadas se mostre necessária doravante. Nessas áreas, "*o controle operacional dos órgãos de segurança pública necessários ao desenvolvimento das ações"* passará para a autoridade federal encarregada das operações, o que deverá se fazer por ato formal do Governo do Estado (CF, art. 15, §5º).

64. Como se vê, a execução pelas Forças Armadas de operações de segurança pública demandará acordo detalhado entre o Governo Estadual e o Governo Federal. Embora não seja necessário que tal acordo seja celebrado por meio de convênio, nada impede que esse instrumento seja utilizado. Trata-se típico mecanismo do federalismo cooperativo previsto no artigo 241 da Constituição Federal:

"A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos".

65. Convênios são instrumentos que possibilitam a associação entre o Poder Público e outras entidades, tanto privadas quanto públicas[43]. Acrescente-se que, no convênio, verifica-se mútua colaboração entre os entes participantes, podendo assumir várias formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos e materiais, de imóveis, de *know-how* e, no caso específico das Forças Armadas, de tropas, grupamentos, armamentos

[41] Reinhold Zippelius, *Teoria Geral do Estado*, 1997, p. 512, define o federalismo cooperativo como "aquele que acarreta uma "obrigação ao entendimento", quer dizer, o dever das partes no sentido de se harmonizarem entre elas e, caso necessário, aceitarem compromissos. O envolvimento funcional dos Estados membros (e eventualmente até dos corpos territoriais a nível autárquico) nos processos centrais de planejamento e regulação, pode servir de exemplo a esse respeito". V. também Paulo Bonavides, *A Constituição aberta*, 1996, p. 433: "Há um 'federalismo cooperativo'? A resposta será necessariamente afirmativa se fizermos uma prévia ressalva de valores, em nome da ideologia da liberdade. A ressalva consente estabelecer duas distintas modalidades de federalismo: o "federalismo cooperativo" autoritário e o "federalismo cooperativo" democrático. O primeiro é um fe-de ralismo pela força – aliás, uma contradição em termos; o outro, um federalismo pelo consentimento, único dotado de legitimidade para edificar a sociedade aberta e pluralista a que aspiramos(...)".

[42] V. José Alfredo de Oliveira Baracho, *O princípio da subsidiariedade – conceito e evolução*, 2000; Sílvia Faber Torres, *O princípio da subsidiariedade no direito publico contemporâneo*, 2001; Mariana Souza Soares Montebello. *O Princípio da subsidiariedade e a redefinição do papel do Estado no Brasil*, mimeo, 2001.

[43] Como esclarece Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, 2003, p. 185: "O convênio é o ato administrativo complexo em que uma entidade pública acorda com outra ou com outras entidades, públicas ou privadas, o desempenho conjunto, por cooperação ou por colaboração, de uma atividade de competência da primeira".

etc[44]. Não há partes, mas sim partícipes motivados pelas mesmas finalidades, pactuando para atingir interesses e objetivo comuns[45].

66. Originalmente, a cooperação se restringiria às matérias previstas no art. 23 da Constituição Federal, compreendendo as competências comuns dos entes federados. Entretanto, a edição da Emenda Constitucional nº 19/98, que alterou o art. 241, estendeu a possibilidade de cooperação entre os entes federativos. Além de consórcios e convênios relacionados à competência comum (saúde, assistência social, proteção dos deficientes, obras e outros de valor histórico, preservação das florestas), agora a possibilidade de cooperação ou de "gestão associada" não mais especifica o tipo de atividade-fim do ajuste, podendo se aplicar à segurança pública, não obstante a matéria não esteja prevista no art. 23 da Constituição Federal.

67. Os convênios são regulados, em especial, pela Lei federal 11.107/2005. Em seu artigo 13, a Lei prevê que *"deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa (...) as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos"*.

68. Os convênios não têm sido utilizados. As Forças Armadas só tem executado ações de segurança, na modalidade analisada nesta seção, por períodos muito curtos de tempo. Em geral, isso tem ocorrido nos casos de greve da polícia militar estadual. Foi o que ocorreu, recentemente, em Tocantins, Alagoas, Minas Gerais, Paraíba, Pernambuco[46]. Contudo, para participações mais prolongadas, como a recentemente requerida pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, o instrumento do convênio seria muito útil para detalhar de que modo se dará a transferência de competências, os locais em que ocorrerá a ação militar e as responsabilidades atribuídas a cada órgão.

3. Realização de diligências determinadas em inquérito policial militar

69. A ultima hipótese de participação das Forças Armadas em operações de segurança, que será aqui examinada, não se relaciona, como as demais, ao policiamento ostensivo. As Forças Armadas também podem realizar investigações e atuar como polícia judiciária. Isso ocorre quando se trata de crime militar e em cumprimento a decisões tomadas pela Justiça Militar. Também essa hipótese se insere, como as duas anteriores, no quadro da normalidade constitucional, não demandando nem a relativização da autonomia estadual nem a limitação da garantia dos direitos fundamentais.

70. A Constituição define, em seu art. 124[47], que a Justiça Militar tem competência para julgar os crimes militares. É no Código Penal Militar que encontramos as descrições típicas dos crimes militares, que podem ser crimes militares próprios (que só podem ser praticados por militar) ou impróprios (que são crimes comuns em sua natureza, podendo ser praticados tanto por civis como por militares, apenas adquirindo esta característica por serem cometidos em certas condições)[48].

---

[44] Da mesma maneira que um contrato, os convênios também constituem acordo de vontades. O principal elemento que se costuma apontar para distinguir o contrato e o convênio é o concernente aos interesses que, no contrato, são opostos e contraditórios, enquanto no convênio são recíprocos. No ato coletivo, as partes desejam a mesma coisa: realizar conjuntamente uma ou várias operações comuns; seus interesses, ainda se diferentes, cami- nham na mesma direção. Os entes conveniados possuem objetivos institucionais comuns e se reúnem de modo a alcançá-los.

[45] Por isso mesmo, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na Administração Pública*, 1999, p.178: "no convênio não se cogita de preço ou remuneração".

[46] Para dar conta especificamente desses casos de greve, foi editado o Decreto nº 3.897/2001, cujo teor é bastante próximo do constante da Lei Complementar 117/2004, que alterou a redação da Lei Complementar nº 97/99, permitindo a participação da Forças Armadas em operações de garantia da lei e da ordem.

[47] CF/88, art. 124: "à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei".

[48] Antonio Scarance Fernandes, *Processo penal constitucional*, 2002, pp. 147-8.

71. Para que tais crimes sejam investigados, há a instauração de inquérito policial militar (IPM), art. 9º [49] do Código de Processo Penal Militar. Caberá à Polícia Judiciária Militar realizar as diligências determinadas pela Justiça Militar. É o que estabelece o art. 8º, b, do CPPM: *"Compete à polícia judiciária militar (...) prestar aos órgãos e juízes da Justiça Militar e aos membros do Ministério Público as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos, bem como realizar as diligências que por eles lhe forem requisitadas"*.

72. A Polícia Judiciária Militar é exercida por militares. Os comandantes desempenham essa função em relação a seus subordinados (CPPM, art. 7º [50]). Assim, por exemplo, será exercida "*pelos ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, em todo o território nacional e fora dele, em relação às forças e órgãos que constituem seus Ministérios, bem como a militares que, neste caráter, desempenhem missão oficial, permanente ou transitória, em país estrangeiro"*. A noção de Polícia Judiciária Militar está relacionada à atividade de investigação, não ao órgão que a executa[51]. Não há um órgão encarregado de exercer exclusivamente a atividade de Polícia Judiciária Militar.

73. Uma vez instaurado o inquérito policial, haverá a possibilidade de se efetuarem buscas e apreensões (CPPM, art. 13, h[52]). É especialmente na realização desse tipo de diligência que as Forças Armadas interagirão com os cidadãos. As *buscas* são classificadas no CPPM[53] em (i) *domiciliar*, que consiste em procura realizada dentro das casas[54], ou (ii) *pessoal*, que consiste na procura nas vestes, pastas, malas e outros objetos que estejam com a pessoa revistada[55]. As hipóteses em que essas diligências podem ser determinadas estão previstas no CPPM, respectivamente nos artigos 172 e 181.

74. Se for necessária a emissão de mandado de busca para autorizar a diligência, devem estar presentes seus requisitos básicos. O mandado deve indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome de seu morador ou proprietário ou, no caso de revista, o nome da pessoa que a sofrerá ou os sinais que a identifiquem. Além disso, deverá mencionar os motivos e os fins da diligência, sendo subscrito pelo escrivão e assinado pelo encarregado do inquérito, como prescreve o art. 178 do CPPM:

---

[49] CPPM, art. 9º, "O inquérito policial militar é a apuração sumária de fato, que, nos têrmos legais, configure crime militar, e de sua autoria. Tem o caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua é a de ministrar elementos necessários à propositura da ação penal".

[50] CPPM, art. 7º: "A polícia judiciária militar é exercida nos têrmos do art. 8º, pelas seguintes autoridades, conforme as respectivas jurisdições: a) pelos ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, em todo o território nacional e fora dêle, em relação às fôrças e órgãos que constituem seus Ministérios, bem como a militares que, neste caráter, desempenhem missão oficial, permanente ou transitória, em país estrangeiro; b) pelo chefe do Estado-Maior das Fôrças Armadas, em relação a entidades que, por disposição legal, estejam sob sua jurisdição; c) pelos chefes de Estado-Maior e pelo secretário-geral da Marinha, nos órgãos, fôrças e unidades que lhes são subordinados; d) pelos comandantes de Exército e pelo comandante-chefe da Esquadra, nos órgãos, fôrças e unidades compreendidos no âmbito da respectiva ação de comando; e) pelos comandantes de Região Militar, Distrito Naval ou Zona Aérea, nos órgãos e unidades dos respectivos territórios; f) pelo secretário do Ministério do Exército e pelo chefe de Gabinete do Ministério da Aeronáutica, nos órgãos e serviços que lhes são subordinados; g) pelos diretores e chefes de órgãos, repartições, estabelecimentos ou serviços previstos nas leis de organização básica da Marinha, do Exército e da Aeronáutica; h) pelos comandantes de fôrças, unidades ou navios". V. Sérgio Itamar Alves, Polícia Judiciária Militar, *Revista do Superior Tribunal Militar, 11-12*:124.

[51] Walberto Fernandes de Lima, Considerações sobre a criação do § 2º do art. 82 do Código de Processo Penal Militar e seus reflexos nas justiça penal comum (Lei nº 9.299/96), *Revista brasileira de ciências criminais 20*:154: "cumpre de início esclarecer que 'função de polícia judiciária' consiste na atividade administrativa de reunir elementos de convencimento para o titular da ação penal, no sentido de ofertar a este destinatário indícios de autoria e prova da materialidade de modo que ele tenha condições de deflagrar a instância penal, valendo então dizer, polícia judiciária está ligada à idéia de atividade e não de órgão".

[52] CPPM, art. 13: "O encarregado do inquérito deverá, para a formação dêste: Atribuição do seu encarregado. a) tomar as medidas previstas no art. 12, se ainda não o tiverem sido; b) ouvir o ofendido; c) ouvir o indiciado; d) ouvir testemunhas; e) proceder a reconhecimento de pessoas e coisas, e acareações; f) determinar, se fôr o caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outros exames e perícias; g) determinar a avaliação e identificação da coisa subtraída, desviada, destruída ou danificada, ou da qual houve indébita apropriação; h) proceder a buscas e apreensões, nos têrmos dos arts. 172 a 184 e 185 a 189; i) tomar as medidas necessárias destinadas à proteção de testemunhas, peritos ou do ofendido, quando coactos ou ameaçados de coação que lhes tolha a liberdade de depor, ou a independência para a realização de perícias ou exames".

[53] CPPM, art. 170: "A busca poderá ser domiciliar ou pessoal".

[54] CPPM, art. 171: "A busca domiciliar consistirá na procura material portas adentro da casa".

[55] CPPM, art. 180: "A busca pessoal consistirá na procura material feita nas vestes, pastas, malas e outros objetos que estejam com a pessoa revistada e, quando necessário, no próprio corpo"; art. 183: "A busca em mulher será feita por outra mulher, se não importar retardamento ou prejuízo da diligência".

"O mandado de busca deverá: a) indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do seu morador ou proprietário; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que a sofrerá ou os sinais que a identifiquem; b) mencionar o motivo e os fins da diligência; c) ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir. Parágrafo único. Se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado"[56].

75. Não há na lei, como se vê, abrigo para mandados genéricos, o que seria, ademais, inconstitucional. Estes devem indicar, o mais precisamente possível, a casa em que a busca ocorrerá. A experiência revela que mandados genéricos propiciam a ocorrência de excessos e abusos[57]. A realização pelas Forças Armadas de diligências para apreender, por exemplo, armamento militar furtado é perfeitamente compatível com a Constituição Federal de 1988. Mas a Constituição não fornece fundamento para a ocupação de bairros inteiros, sob o argumento de que se trata de diligência de busca e apreensão, como ocorreu recentemente no Rio de Janeiro.

Conclusões

76. É possível compendiar as idéias antes desenvolvidas nas proposições seguintes:

A. A Constituição Federal de 1988, ao instituir um Estado democrático de direito, concebe as políticas de segurança pública como serviço público a ser universalizado em condições de igualdade, não como combate bélico a inimigos internos. Tal configuração impede a utilização rotineira das Forças Armadas na realização de ações de segurança Pública.

B. Além disso, a Constituição Federal de 1988, no artigo 144, ao repartir entre os entes da Federação as competências em matéria de segurança pública, atribui ao Estado-membro a competência para realizar policiamento ostensivo, mantendo a ordem pública nas cidades. A autonomia estadual impede, igualmente, que a execução pelas Forças Armadas de operações de segurança se converta em alternativa de uso corrente.

C. No entanto, a Constituição, no art. 142, também atribui às Forças Armadas a função de garantir a lei e a ordem. Para que os princípios do Estado democrático de direito e o princípio federativo se harmonizem com tal previsão, deve-se conceber a execução pelas Forças Armadas de operações de segurança como exceção que só se justifica em casos de necessidade, ou seja, nas hipóteses em que o risco para a ordem pública seja grave e o Estado-membro seja incapaz de garanti-la.

D. Há, fundamentalmente, seis formas de as Forças Armadas executarem operações de segurança pública. Três delas implicam a relativização temporária da autonomia estadual e a

---

[56] Também o procedimento que deverá ser adotado quando da execução da busca está descrito no CPPM, cujo art. 179 possui o seguinte teor: "O executor da busca domiciliar procederá da seguinte maneira: Presença do morador I – se o morador estiver presente: a) ler-lhe-á, o mandado, ou, se fôr o próprio autor da ordem, identificar-se-á e dirá o que pretende; b) convidá-lo-á a franquiar a entrada, sob pena de a forçar se não fôr atendido; c) uma vez dentro da casa, se estiver à procura de pessoa ou coisa, convidará o morador a apresentá-la ou exibi-la; d) se não fôr atendido ou se se tratar de pessoa ou coisa incerta, procederá à busca; e) se o morador ou qualquer outra pessoa recalcitrar ou criar obstáculo usará da fôrça necessária para vencer a resistência ou remover o empecilho e arrombará, se necessário, quaisquer móveis ou compartimentos em que, presumivelmente, possam estar as coisas ou pessoas procuradas; Ausência do morador II – se o morador estiver ausente: a) tentará localizá-lo para lhe dar ciência da diligência e aguardará a sua chegada, se puder ser imediata; b) no caso de não ser encontrado o morador ou não comparecer com a necessária presteza, convidará pessoa capaz, que identificará para que conste do respectivo auto, a fim de testemunhar a diligência; c) entrará na casa, arrombando-a, se necessário; d) fará a busca, rompendo, se preciso, todos os obstáculos em móveis ou compartimentos onde, presumivelmente, possam estar as coisas ou pessoas procuradas; Casa desabitada III – se a casa estiver desabitada, tentará localizar o proprietário, procedendo da mesma forma como no caso de ausência do morador. Rompimento de obstáculo 1º O rompimento de obstáculos deve ser feito com o menor dano possível à coisa ou compartimento passível da busca, providenciando-se, sempre que possível, a intervenção de serralheiro ou outro profissional habilitado, quando se tratar de remover ou desmontar fechadura, ferrolho, peça de segrêdo ou qualquer outro aparelhamento que impeça a finalidade da diligência. Reposição 2º Os livros, documentos, papéis e objetos que não tenham sido apreendidos devem ser repostos nos seus lugares. 3º Em casa habitada, a busca será feita de modo que não moleste os moradores mais do que o indispensável ao bom êxito da diligência."

[57] V. STJ, j. 13.abril.04, Recurso ordinário em MS nº 13.101, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca: "A alegação também está vazada contra o próprio ato que determinou a referida busca e apreensão, no sentido de que teria sido prolatado de forma genérica, oportunizando, desta feita, que o Delegado cometesse excessos durante o ato".

restrição a direitos fundamentais. Por isso, submetem-se a rígido controle político congressual e, em regra, apenas podem vigorar durante curtos períodos de tempo e em locais estritamente determinados, além de impossibilitarem a alteração da Constituição durante a sua vigência. São elas: a decretação de intervenção, a decretação de estado de defesa e a decretação de estado de sítio.

E. As outras três hipóteses não implicam a relativização da autonomia estadual ou restrição de direitos fundamentais, não consubstanciando medidas de legalidade excepcional. Nessas três hipóteses, a Constituição mantém-se integralmente eficaz. Por isso, o controle político sobre elas incidente é mais brando, além de não obstarem à alteração da Constituição Federal.

F. A primeira hipótese é a realização de policiamento ostensivo em situações nas quais predomine o interesse nacional, como é o caso da visita de chefes de Estado e de governo estrangeiros. Aqui a competência da União se define em razão do princípio da predominância do interesse, que é nacional. Não há, portanto, interferência do Governo Federal em competência atribuída ao Estado.

G. A segunda hipótese é a de execução de ações de policiamento ostensivo e de choque a pedido do Governador de Estado, nos termos da Lei Complementar 97/99. No caso, há simples arranjo cooperativo, típico do modelo de federalismo adotado no Brasil. Se a participação federal se prolonga no tempo, é conveniente, embora não indispensável, a elaboração de convênio, em que sejam esclarecidos os termos segundo os quais se dará a cooperação entre os entes federados.

H. A terceira hipótese é a de realização de diligências determinadas no âmbito de inquérito policial militar. A hipótese encontra-se expressamente prevista no texto constitucional, na parte final do art. 144, § 4º, que atribui a função de polícia judiciária à polícia civil, com ressalva das infrações penais militares. No que toca a essa possibilidade, deve-se atentar apenas para os requisitos dos mandados de busca expedidos pela Justiça Militar. Tais mandados devem indicar com precisão "a casa" em que a busca será realizada. Não podem ser mandados genéricos. As ordens que facultam às autoridades policiais militares realizar operações amplas de busca, abrangendo, por vezes, bairros inteiros, são incompatíveis com o que dispõe a Constituição Federal.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALVES, Sérgio Itamar, Polícia Judiciária Militar, *Revista do Superior Tribunal Militar*, 11-12:124.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira, *O princípio da subsidiariedade - conceito e evolução*, 2000.

BARBOSA, Rui, *Obras completas*, vol. XL, Tomo VI, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra, *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Ed. Saraiva, tomo II, 2002.

BARROSO, Luís Roberto, *Direito constitucional brasileiro: o problema da Federação*, 1982.

BINENBOJM, Gustavo, *Uma teoria do direito administrativo*, 2006.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra: Ed. Almedina, 1997.

CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth, *O futuro de uma ilusão: o sonho de uma nova polícia*, 2001.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da, Sobre a posição da polícia judiciária na estrutura do direito processual penal brasileiro da atualidade, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 7 (26): 213, 1999.

DORNELLES, João Ricardo Wanderley. Violência urbana, direitos da cidadania e políticas de segurança no contexto de consolidação das instituições democráticas e das reformas econômicas neoliberais, *Discursos Sediciosos* 4 (103), 1997.

FERNANDES, Antonio Scarance, *Processo penal constitucional*, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, São Paulo: Ed. Saraiva, volume 1, 2000.

HAGEN, Acácia Maduro, As classificações do trabalho policial, *Revista de Estudos Criminais* 6 (22): 121, abr./jun. 2006.

LAVIÉ, Quiroga, *Curso de derecho constitucional*, 1987.

LIMA, Walberto Fernandes de, Considerações sobre a criação do § 2º do art. 82 do Código de Processo Penal Militar e seus reflexos nas justiça penal comum (Lei nº 9.299/96), *Revista brasileira de ciências criminais* 20:154.

MAGALHÃES, Roberto Barcellos de, *Comentários à Constituição Federal de 1988*, vol. II, 1997.

MONTELELLO, Mariana Souza Soares, *O Princípio da subsidiariedade e a redefinição do papel do Estado no Brasil*, mimeo, 2001.

MORAES, Alexandre de, *Constituição do Brasil interpretada*, São Paulo. Ed. Atlas, 2003.

MORAES, Humberto Pena de, Mecanismos de defesa do Estado e das instituições democráticas no sistema constitucional de 1988. Estado de defesa e estado de sítio, *Revista EMERJ* 23:201, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, Curso de direito administrativo, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parcerias na Administração Pública*, 1999.

PEREIRA, Milton Luiz, Intervenção federal: requisição judicial, *Fórum Administrativo* 7:914, 2001.

SILVA, Leila Maria Bittencourt da, A defesa do Estado e a ordem pública, *Revista Forense* 379: 414, 2005.

SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo: Ed. Malheiros, 2001.

SLAIBI FILHO, Nagib, *Direito constitucional*, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, *A segurança pública na Constituição Federal de 1988*: conceituação constitucionalmente adequada, competências federativas e definição dos órgãos de execução das políticas, mimeo, 2007.

SULOCKI, Vitória Amélia de B. C. G, *Segurança pública e democracia*: aspectos constitucionais das políticas públicas de segurança, 2007.

TAVARES, André Ramos, *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

TORRES, Sílvia Faber, *O princípio da subsidiariedade no direito publico contemporâneo*, 2001.

ZIMMERMANN, Augusto, *Teoria geral do federalismo democrático*, 1999.

ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoria geral do Estado*, 1997.

Uma visão das relações entre civis e militares

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha*
Romeu Costa Ribeiro Bastos**

"Se existe um elemento básico na nossa Constituição, é o controle civil sobre os militares. Políticas são feitas pelos políticos eleitos, não por generais e almirantes."
Harry S. Truman

"Penso que um conceito novo e perigoso é que os membros das nossas Forças Armadas devem, em primeiro lugar, obediência e lealdade à autoridade que exerce temporariamente o Poder Executivo, no lugar da Pátria e da Constituição, entes que eles juraram defender. Nenhuma proposição poderia ser mais perigosa."
General Douglas MacArthur[1]

As relações entre civis e militares sempre foram complexas, seja em regimes autoritários, seja em regimes democráticos. Como os governos supervisionam a violência no interior do Estado, o controle efetivo das Forças Armadas torna-se essencial por duas razões: a primeira, para prevenir que interfiram no sistema político que devem defender; a segunda, para assegurar que, na qualidade de instituições nacionais permanentes, detenham o monopólio da força, tanto para preservação da integridade territorial do Estado, quanto para a defesa da Pátria no exterior[2].

A necessidade de assegurar o controle dos civis sobre os militares com o propósito de equilibrar as tensões sociais existentes é um dos problemas mais antigos da Ciência Política e que, modernamente, foi denominado de estudo das Relações Civis-Militares (RCM).

O principal questionamento remete a um paradoxo simples: como uma sociedade que cria especialistas no uso da força para defender seus interesses e seu modo de vida pode impedir que, em determinado momento, estes especialistas se voltem contra ela a fim de implantar seus próprios valores?

A questão remonta à Antiguidade, quando da gênese da organização militar. Na *República* de Platão, Sócrates argumentou ao debater sobre a criação de uma classe de guardiões, que ela deveria ser *"gentil para com os seus e cruel para com os inimigos"*, homens que deveriam servir como defensores ideais da Cidade[3].

O controle civil foi, igualmente, motivo de preocupação dos Pais Fundadores norte-americanos. A maioria aceitava a idéia de que uma força armada organizada levava invariavelmente à tirania, propugnando a tese de que liberdade e militares poderosos não poderiam coexistir. Somente os soldados cidadãos deveriam prover a defesa nacional por não se constituírem numa ameaça às instituições políticas. Alexander Hamilton escreveria a

* Ministra do Superior Tribunal Militar. Mestra em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Católica Portuguesa. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora Universitária.

** General de Divisão. Mestre em Engenharia de Sistemas pelo Instituto Militar de Engenharia. Doutor em Estratégia pela Escola de Comando e Estado-Maior do Exército. Professor Universitário.

1 Estas frases foram proferidas quando o Presidente Harry S. Truman dispensou, em 11 de abril de 1951, o General Douglas MacArthur do cargo de Comandante-em-Chefe das Forças das Nações Unidas na Guerra da Coréia. TRUMAN, Harry S. *Years of Trial and Hope.*,Garden City, NY: Doubleday, 1956, pp.444-45 e ROVERE, Richard H. e SCHLESINGER, Arthur Jr. *General MacArthur and President Truman: The Struggle for Control of American Foreign Policy*. New Brunswick, NJ: Transaction Publishers, 1992, p.318.

2 CARRIÇO, Manuel Alexandre Garrinhas. As Abordagens Empíricas de Análise das Relações entre "Civis e Militares": O Caso da República Popular da China. *In: Revista Militar Portuguesa*, maio de 2006, p. 24

3 PLATÃO. *A República*. São Paulo: Martin Claret Editora, 2002, livro II

respeito: *"que o povo americano guarda a impressão hereditária do perigo para a liberdade de se manter um exército na paz".*[4]

Neste ponto, cumpre averiguar o real conceito da expressão "Relações Civis-Militares – RCM".

Definições sobre o tema precisam-no como as interações entre as Forças Armadas e os demais setores da sociedade, a envolver um processo mediante o qual o controle político é avaliado sopesando a influência relativa dos oficiais e civis nas decisões de Estado concernentes à guerra, à segurança interna e externa, e à política militar.[5]

Andrew Cottey, Timothy Edmunds and Anthony Forster oferecem a seguinte definição:

> *"(...)o termo RCM deveria envolver todos os aspectos das relações entre as Forças Armadas (como uma instituição política, social e econômica) e a sociedade (e Estado ou movimento político/social/étnico) da qual elas são partes. A função política e posição dos militares formam o núcleo das RCM. As RCM, entretanto, também envolvem questões mais amplas: a atitude dos militares perante a sociedade; a percepção da sociedade civil das atitudes dos militares; como deveria ser o* ***ethos*** *militar e o papel econômico dos militares(...). Neste contexto definimos controle democrático das Forças Armadas como o controle dos militares pelas autoridades legítima e democraticamente eleitas do Estado".*[6]

À exceção dos anarquistas, todas as correntes ideológicas defendem a utilidade das Forças Armadas; mesmo o materialismo histórico de Frederich Engels reconhece a inexorabilidade de sua criação para servir de aparato à superestrutura dominante, conseqüência da divisão da sociedade em classes.[7]

Na antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, os bolcheviques tornaram-se obsessivos acerca da necessidade de manutenção de um controle civil sobre os militares. A existência de oficiais políticos, a penetração nas Forças Armadas pela KGB e o sistema dual de comando demonstravam, exemplarmente, tal realidade. Entretanto, o custo desta atitude foi desastroso.

Nas democracias contemporâneas prevalece o sentimento de que a existência das Forças Armadas requer instrumentos, instituições e mecanismos para seu controle político e democrático, a fim de prevenir o isolamento da instituição e impedir que se tornem um *imperio in imperio.*[8]

Certo é que a existência das forças singulares deve ser entendida como um dos pressupostos do próprio Estado. Vale lembrar as palavras do sociólogo Charles Tilly: *"A guerra faz o Estado e o Estado faz a guerra".*[9]

O problema agudiza-se quando, no afã de exercer o controle sobre os militares, a sociedade perde a conexão com eles. Recorde-se ser a influência dos militares na esfera política, uma problemática que se coloca há pouco mais de um século. Até então, a elite castrense sempre fora recrutada no interior da elite político-econômica e, esta superposição traduziu-se num controle absoluto da classe dirigente civil sobre a instituição armada.

Com o advento da profissionalização, concebida no sentido sociológico do termo, impôs-se a necessidade da qualificação crescente dos contingentes, em particular do corpo de oficiais,

---

4 HAMILTON, Alexander. *The federalist papers:nº26.* http://www.yale.edu/lawweb/avalon/federal/fed26.htm, consultado às 19:24h, de 24/09/2007

5 http://www.usaid.gov/policy/ads/200/200sbj.pdf, consultado às 10.30h, de 12/01/2008.

6 COTTEY, Andrew, EDMUNDS, Tim e FORSTER, Anthony. Democratic Control of Armed Forces in Central and Eastern Europe; A Framework for Understanding Civil-Military Relations in Postcommunist Europe. *In: ESRC "One Europe or Several?"* Working paper 1/99, University of Sussex, Sussex, 1999.

7 BALTAZAR. Maria da Saudade. *O "Estado" das relações civis-militares em democracia.* IV Congresso Português de Sociologia, 2000. htpp//www.aps.pt/ivcong-actas/Acta029.pdf, consultado em 19/04/07, às 18:05h

8 KÜMEL, Gehard. The military and its civilian environment: reflections on a theory of civil-military relations. *In: The Quarterly Journal*, nº 4, dezembro 2002, p.71

9 TILLY, Charles. *How war made states, and vice versa. In: Coercion, Capital, and European States AD 990-199*, Cambridge (Mass.): Blackwells Publishers, 1992.

permitindo-se, a partir daí, a diferenciação entre esfera política e militar, bem como a separação de suas competências e atribuições. As Forças Armadas passaram a ser formalmente reconhecidas como instituições a serviço dos interesses nacionais, e não dos interesses político-governamentais, ampliando sua influência na área do poder.

Ora, distinguindo-se a profissão militar de todas as outras pela especificidade de sua missão – a administração organizada da violência armada – o controle político sob as Forças Armadas firma-se como um pressuposto democrático imprescindível. As tentativas de implementação, contudo, deparam-se com uma variedade de interesses controversos, posto os militares, em particular, os altos escalões hierárquicos castrenses, influenciarem os governos na estratégia de defesa, e a esfera governamental revelar reduzido interesse pela questão em face da acentuada crítica sobre as despesas destinadas ao setor[10]. Tem-se, pois, uma complexa teia de aspirações, conflitantes e desafiadoras, que projetam a relativização do conceito de segurança do Estado.

AS TEORIAS SOBRE AS RELAÇÕES CIVIS – MILITARES

Qualquer sistema de relações civis-militares envolve um equilíbrio intrincado entre autoridade, influência e ideologia, de modo a alcançar a maximização da segurança com um mínimo de sacrifício de outros valores sociais.

Urge lembrar que o estudo sobre o tema não trata, apenas, dos vínculos existentes entre militares e Estado, estende-se à sociedade por refletir as estruturas históricas e as forças sociais postas em presença.[11]

Classificam-no, os autores, em gerações.[12] As teorias de primeira geração, propugnadas por Samuel Huntington e Morris Janowitz, enfocam os fatores exógenos das RCM. Ditas teorias identificam a segurança externa, as ideologias internas e o grau de integração das elites militares e civis como fontes de harmonia ou discórdia entre os grupos.

As teorias de segunda geração, elaboradas primordialmente para explicar o fracasso americano na guerra do Vietnam, abordam como a política externa é determinada e como as lideranças civis interagem com as militares. Finalmente, as de terceira geração, surgidas após o final da guerra fria, avaliam as relações domésticas entre as instituições.[13]

Sinteticamente, as teorias de primeira geração aclaram as motivações das relações civis-militares explicitando seus fatores relevantes, enquanto as teorias de segunda e terceira gerações revelam a maneira como as questões políticas aparecem e são resolvidas.[14]

Aponte-se, ainda, doutrina alternativa que as enquadra em duas dimensões: a prática e a ideológica, cada uma com seus dilemas. Sob o ponto de vista prático, observa-se como fundamento para a continuidade de uma sociedade, a segurança de seus indivíduos. Para tanto, impõe-se a criação de instituições capazes de praticar e aplicar a violência em nome do Estado e, ao mesmo tempo, serem controladas pela sociedade, fato que remete ao paradoxo inicial: a força armada, como instituição nacional, deve ser bastante forte para superar as ameaças, mas não, para destruir o contexto social no qual se encontra inserida. Para além, a necessidade de manter uma constante vigilância sobre os militares não significa, necessariamente, que os civis possuam meios

[10] BALTAZAR, Maria da Saudade, *op. cit*, p.3.

[11] CARRIÇO, Manuel Alexandre Garrinhas, *op.cit.*, p.20

[12] NAKAZATO, Hiroshi. *Defensive discourses: a narrative theory of civil-military relations*. Tese de doutorado defendida no Boston College, Graduate School of Arts & Science, Departamento de Ciência Política, abril de 2006. pp.1-524

[13] *Ibid.* p.3

[14] *Ibid.* p.3

coercitivos para atingir tal objetivo. Há sempre uma tendência de os militares interferirem no processo político e inexistem garantias para evitá-la - a menos que eles sejam enfraquecidos ou cooptados – mormente porque a lealdade castrense tende a ser para com a nação e não, para com o poder estatal.[15]

A dimensão ideológica, igualmente, enfrenta impasses semelhantes quando os valores da sociedade não forem compatíveis com os da ética militar,[16] fato recorrente quando a Política professa a ideologia liberal. Efetivamente, o liberalismo, em decorrência de suas raízes humanísticas, despreza a guerra. Anti-militarista por excelência, concebe a paz como a condição natural do homem. Mais, privilegia o individualismo sobre o comunitarismo, o igualitarismo sobre a estrutura hierárquica, e as decisões democráticas sobre as ordens de comando.[17] Encontrar, pois, soluções que conciliem defesa nacional e ideologias, tem sido o ponto nodal das análises a propósito das relações entre os civis e os militares.

Mencionou-se, anteriormente, as modernas teorias sobre a matéria estabelecidas após a Segunda Guerra Mundial, em especial, com os trabalhos de Samuel Huntington e Morris Janowitz.[18] Suas obras, pertencentes à primeira geração das teorias, formaram a base de todos os estudos que se seguiram posteriormente. Concebidas como conceituais, privilegiam o arcabouço analítico sobre o processo organizacional, enfatizando a segurança nacional, o profissionalismo e as interações entre os militares e a sociedade.[19]

Samuel Huntington iniciou seu trabalho defendendo que as instituições militares, em qualquer sociedade, são moldadas por dois móbeis: um imperativo funcional, que se origina das ameaças à segurança da comunidade, e um imperativo societário, proveniente das forças sociais, das ideologias e das instituições dominantes.[20] Segundo ele, é impossível conter instituições militares ajustadas exclusivamente por imperativos funcionais, ao revés, é da interação entre ambas que reside o cerne de toda a investigação que se busca empreender.[21]

Sua análise centra-se sobre o corpo de oficiais e o Estado. Afirma que os oficiais modernos são profissionais e formam um particular grupo funcional com alto conhecimento, responsabilidade e espírito de corpo. O comportamento profissional dirigido para a sociedade funda-se na compreensão de que a expertise somente poderá ser aplicada para propósitos por ela aprovados, por intermédio de seu agente político, o Estado. Isto porque qualquer sistema envolve um equilíbrio complexo entre autoridade, influência e ideologia.

Indo além, Huntington identifica dois modelos das RCM: o controle civil subjetivo e objetivo.[22] O controle subjetivo é alcançado maximizando o poder de grupos particulares de civis na relação com os militares. O objetivo envolve a minimização do poder militar pela profissionalização de modo a garantir a neutralidade da corporação e a minoração de sua interveniência no jogo político.

---

15 FEAVER, Peter D. *Armed servants: agency, oversight, and civil-military relations*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003, p.65

16 NAKAZATO, Hiroshi, *op.cit.*, p.6

17 *Ibid*, p.11

18 Samuel Phillips Huntington, nascido em 1927, é um controvertido cientista político americano conservador. Formou-se na Universidade de Yale e obteve seu doutorado na Universidade de Harvard onde é professor de Ciências Políticas. Foi favorável à guerra do Vietnam e tem como sua principal obra, além do estudo pioneiro das RCM, o livro *O Choque de Civilizações e a recomposição da ordem mundial.* Trad. de M. H. C. Côrtes. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 1997, 455 p.

Morris Janowitz, (1919 - 1988), sociólogo e cientista político americano de origem polonesa, ofereceu importante contributo ao estudo das RCM, sendo o fundador da revista *Armed Forces and Society*, dedicada à sociologia militar.

19 NAKAZATO, Hiroshi, *op.cit.*, p.31

20 HUNTINGTON, Samuel P. *O Soldado e o Estado. Teoria e Política das Relações entre Civis e Militares* .Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército Editora, 1996, p.20

21 *Ibid*, p.21

22 *Ibid*, pp.102-103

Como se vê, está-se diante de uma antítese. O controle subjetivo, no seu núcleo, nega a existência de uma esfera militar única e independente, tornando menores os personagens no contexto do Estado. Por seu turno, o controle objetivo assegura o controle civil, mas amplia o profissionalismo do corpo de oficiais, militarizando-o e enquadrando-o como essencial ao Estado. Frise-se, pela relevância, que a teoria de Huntington defende o controle objetivo.

Acorde sua concepção, são quatro os aspectos significativos das relações civis-militares.[23] No primeiro, os oficiais e civis são identificados como grupos separados. No segundo, as relações entre estes dois grupos são conflituosas por natureza. No terceiro, o controle é assegurado, subordinando os militares aos civis exceto nas matérias de escopo essencialmente militar; por último, no quarto, as alterações nas relações civis-militares no tempo, refletem o grau de eficácia dos mecanismos de contenção.

Fato é que, o tipo de relacionamento entre civis e militares proposto por Huntington tem sido, com freqüência, criticado, mormente pelo modo extremado como aborda a questão da profissionalização militar.[24] Dentre seus opositores teóricos cite-se Bengt Abrahamsson[25] que assevera ser incorreta a idéia de militares apolíticos e para quem, na manutenção do controle democrático sobre as Forças Armadas, faz-se necessário o reconhecimento da natureza política da instituição, bem como o estabelecimento de um mecanismo institucional que permita ao governo civil uma escolha justa na sua defesa.

Outro autor de primeira geração já mencionado e cujo estudo pioneiro muito contribuiu para o entendimento das relações civis-militares foi Morris Janowitz,[26] cuja doutrina é considerada "o segundo pilar da teoria das relações civis-militares norte-americanas.[27] Sua obra publicada três anos após a de Huntington, em 1960, defende o "profissionalismo pragmático"[28] ao sustentar que posteriormente à Segunda Guerra Mundial, devido ao novo contexto mundial, não seria factível ao militar evitar a politização. Para Janowitz, acreditar que os militares não formam um grupo de pressão efetivo sobre os órgãos do governo é cometer um erro político; mais, o papel das lideranças civis inclui, não somente, direcioná-los politicamente, inclui, também, prevenir o crescimento da frustração na profissão e o sentimento de injustiça no interior da corporação.[29]

Estudando o caráter profissional das Forças Armadas americanas, concluiu possuírem elas o profissionalismo, a integridade e a ética para apoiar a supremacia civil e propôs o ajustamento da estrutura organizacional como essencial ao aprimoramento das relações com os demais atores sociais. Por derradeiro, Janowitz aponta como solução, a redefinição do papel dos militares com o objetivo de torná-los uma força policial.[30] Consoante este novo conceito, as distinções entre paz e guerra desapareceriam, a imagem do militar guerreiro seria substituída pela do policial, mas o teatro de operações permaneceria sendo o internacional e não o doméstico.[31]

---

[23] *Ibid*, pp.104-105.

[24] A despeito das críticas, considerou-se útil, neste trabalho, a remissão aos elementos que formam a sistematização da proposta conceitual de Huntington, para identificar as principais dificuldades que emergem nas novas democracias no tocante a esta problemática.

[25] ABRAHMSSON, Bengt. *Military professionalization and political power*. London: Sage Publications, 1972, p.160

[26] JANOWITZ, Morris . *The professional soldier: a social and political portrait*. New York: The Free Press, 1960.

[27] FEAVER, Peter. The civil-military problematique: Huntington, Janowitz, and the question of civilian control. In: *Armed Forces and Society 23, nº 2, winter 1996*, p.164

[28] TAYLOR, Edward R. *Command in 21st century: an introduction to civil-military relations*. Tese de mestrado apresentada na Naval Posgraduate School, Monterey, California: 1998, p.38.

[29] JANOWITZ, Morris , op.cit., pp.vii,ix

[30] "A força militar torna-se uma força policial quando está sempre preparada, comprometida ao uso mínimo da força, buscando relações internacionais viáveis, no lugar de vitórias (...)." JANOWITZ, Morris , *op.cit.*, p.418

[31] FEAVER, Peter, *op.cit.* p.164

Em síntese, suas proposições enfatizam que os militares acreditam nos seus superiores civis por considerarem-nos preparados para aceitar seus conselhos profissionais, sustentando como tese fundamental o enfraquecimento, desde o início do século XX, das fronteiras entre militares e civis; os primeiros obrigados a imiscuírem-se com os segmentos populacionais civis, a despeito de preservarem relativa autonomia, competência e coesão. Janowitz, contudo, falha ao não aclarar a maneira como os civis deveriam controlar os militares restringindo-se, apenas, a apontar alguns mecanismos de contenção como o orçamento, a definição de papéis e as missões atribuídas às Forças singulares.[32]

Para além, crítica comumente dirigida às teorias da primeira geração, versa acerca da imprecisão dos conceitos, obsoletos porque concebidos e edificados no superado contexto da guerra fria. Não obstante, não se pode olvidar a importância das contribuições dogmáticas oferecidas aos estudos futuros, nos quais vários doutrinadores debruçaram-se sobre a matéria, lançando idéias e discussões inéditas.[33]

Das vertentes contemporâneas a merecer apreciação detida, duas sobrelevam-se: a Teoria da Concordância elaborada por Rebecca Schiff e a Teoria da Agência proposta por Peter Feaver.

A teoria da Concordância,[34] passível de aplicação nos países em desenvolvimento, justifica as RCM perspectivando os seguintes atores: militares, elites políticas e sociedade. Tem por propósito explicar quais são as condições culturais e institucionais que promovem ou evitam as intervenções militares domésticas, sustentando que a existência de um acordo geral diminui a possibilidade das intervenções castrenses na política interna.

Difere significativamente das demais, por não assumir ser a separação entre civis e militares a melhor opção. Da leitura do seu texto extrai-se:

---

[32] *Ibid*, p.165

[33] Samuel Finer foi, igualmente, um dos pioneiros no estudo das RCM (FINER, Samuel. *The man on horseback: the role of military in politics*. London: Pall Mall, 1962) ao analisar a natureza e o caráter da sociedade em que os militares estão inseridos. Sua tese é que o nível de intervenção militar é inversamente proporcional ao nível da cultura e politização da sociedade. Quanto mais baixos estes níveis, mais altas as probabilidades dos militares intervirem na vida do país. Dir-se-ia, então, que a profissionalização corresponde a uma maior militarização das Forças Armadas, não querendo registrar tal termo, nada mais do que o fechamento da instituição sobre si própria e a sua especificidade, enquanto detentora do monopólio dos meios organizados da violência legitimada.

Charles Moskos; (MOSKOS, Charles. *Soldiers and Sociology*, United States Army Research Institute for the Behavioral and Social Sciences, 1998), analisa os enfoques estruturais e culturais das RCM como um processo de convergência que tende a aproximar a instituição militar das organizações burocráticas civis. Ele introduz um conceito de militar pós-moderno que emergiu da Segunda Guerra Mundial como um produto do processo da mobilização, individualização, democratização e globalização. A característica mais importante da tipologia analítica proposta por Moskos centra-se nas transformações das sociedades, momento em que as organizações militares sinalizam a tendência de passagem de uma lógica institucional para uma lógica ocupacional

Amos Perlmutter; (PERLMUTTER, Amos. *Modern Authoritarianism. A Comparative Institutional Analysis*. New Haven/London: Yale University Press, 1981) oferece uma teoria unificada das RCM válidas para todos os países do mundo. Ele rejeita a visão da existência de um corte entre as funções civis e militares. A hipótese de que o profissionalismo remove o militar da política é baseada na teoria da administração clássica. A teoria é fusionista, reconhecendo que a burocracia e a política estão simbioticamente ligadas. Perlmutter concorda com Huntington quando afirma que a política está além do escopo militar, pois eles não foram eleitos, mas aceita a influência militar na formação e implementação da política de segurança nacional.

Por sua vez, Samuel Sarkesian (SARKESIAN, Samuel C. e CONNOR Robert E. *America's Armed Forces: A Handbook of Current and Future Capabilities*. Westport, CT: Greenwood Press, 1996.) expande o contexto de Huntington estudando três áreas das RCM como uma interação sistemática entre as elites civis, militares e o sistema político-social.

Já Douglas Bland (BLAND, Douglas. A Unified Theory of Civil-Military Relations. *Armed Forces & Society, Vol. 26, Nº 1, Fall 1999*) propõe a teoria da responsabilidade partilhada como uma tentativa de elaboração de uma teoria geral unificadora das RCM que possa responder, adequadamente, às necessidades dos líderes políticos e militares, bem como do restante da sociedade. Efetivamente, os dirigentes civis mantêm uma direção adequada dos militares ao reconhecer sua importância na defesa nacional, na fixação de princípios, regras, normas e procedimentos decisórios em áreas como doutrina militar, disciplina, planejamento operacional, organização interna e diretivas táticas para unidades em operação. As autoridades civis elaboram políticas referentes à consecução de metas nacionais, à alocação de recursos e ao uso da força.

Teoria interessante é a esposada por Deborah Avant no artigo Conflicting Indicators of Crisis in America Civil Relations, (AVANT, Deborah. Conflicting Indicators of Crisis in America Civil Relations. *In: Armed Forces & Society,* vol 24, nº 3, Spring 1998, pp.375-388.) que se propõe a analisar se as relações civis-militares nos Estados Unidos estão em crise. Ela oferece três indicadores para examinar os possíveis problemas entre eles: o nível de influência dos militares na política, o grau de sua representatividade na sociedade e o nível de tensão entre os civis e militares. Afirma a autora que por detrás de cada indicador existe uma teoria das RCM implícita.

[34] SCHIFF, Rebecca. Civil-military relations reconsidered: a theory of concordance. *In: Armed Forces & Society: An Interdisciplinary Journal*, vol. 22, nº 1, 22/09/95, pp:7-24.

"A teoria da concordância explica as condições específicas que determinam o papel dos militares na esfera doméstica que inclui o governo e a sociedade. Concordância não exige uma forma particular de governo, conjunto de instituições ou um processo de tomada de decisão(...).Em contraste com as teorias usuais, que enfatizam a separação das instituições civis e militares, a concordância encoraja a cooperação e o desenvolvimento entre os militares, as instituições políticas e a sociedade como um todo. Em outras palavras, a concordância não assume que a separação entre as esferas civis e militares seja necessária para prevenir as intervenções militares domésticas. Particularmente, isto pode ser evitado se os militares cooperarem com a elite política e a sociedade civil."[35]

Além dos três atores ou sócios envolvidos, Schiff estabeleceu quatro indicadores de concordância para ilustrar o grau de afetação, nas Forças Armadas, da elite política e da sociedade civil sobre elas. São eles:

1. A composição social do corpo de oficiais;
2. O processo político de tomada de decisão;
3. O método de recrutamento
4. O estilo militar

Referidos indicadores são elementos de concordância importantes, pois determinam se as relações entre os três sócios serão integradas, separadas ou adotarão formas híbridas.

A esta altura, cumpre detalhar mais pormenorizadamente os conceitos elencados pela autora:

SÓCIOS OU ATORES:

Os militares:

Schiff os define como Forças Armadas e pessoal. Os militares são representados pelos oficiais e pelo pessoal alistado e, somente um segmento interage com os outros atores, a saber: a elite militar.

Elite Política:

O segundo sócio é determinado consoante sua função. A identificação de quem representa o governo influi diretamente na composição, apoio e missão das Forças Armadas. Neste diapasão, a autora argumenta acerca da importância de se determinar a natureza das instituições governamentais ou o método de relação das lideranças com os militares.

Sociedade:

Define-se, também, pelas funções que exerce. Os cidadãos são um sub-grupo da parte civil das RCM. Eles devem ser examinados em sua interação com os militares, perspectivando a existência de um acordo subjacente. Segundo Schiff, a literatura contemporânea sobre as relações civis-militares não aborda, seriamente, a importância da sociedade ao enfatizar mais a atuação das elites governamentais e das instituições políticas como os principais indicadores de análise.

INDICADORES:

Composição social do corpo de oficiais:

É apontado como o indicador principal[36]. Nas sociedades democráticas o corpo de oficiais geralmente representa os vários segmentos étnicos, sociais e religiosos do povo, constituindo-se em fator decisivo para a concordância.

---

[35] SCHIFF, Rebecca, *op.cit.*, p.13

[36] Também para Huntington, a análise do corpo de oficiais é o fator primordial para o estudo da RCM. A propósito leia-se: "*As relações sociais e econômicas entre os militares e o restante da sociedade normalmente refletem as relações políticas entre a oficialidade e o Estado. Conseqüentemente, na análise da relação entre civis e militares, a primeira necessidade consiste em definir a natureza do corpo de oficiais*". *In: O Soldado e Estado. Teoria e Política das Relações entre Civis e Militares*, *op.cit.*, p.22

Processo político de decisão:

Relaciona-se com as organizações institucionais da sociedade que afetam a maneira de os militares operarem e seu nível de satisfação. Tal fator engloba questões orçamentárias, equipamentos bélicos e a estrutura das forças, dentre outros elementos tais como: o grau de autonomia dado aos militares, os benefícios sociais conferidos, os soldos e pensões.[37]

Método de recrutamento:

O recrutamento pode ser coercitivo ou persuasivo.[38] Na modalidade coercitiva os homens são forçados a servir contra a sua vontade, o que não permite a concordância entre os militares e a sociedade.

Contrariamente, o método persuasivo funda-se no patriotismo e evoca o espírito nacionalista dos cidadãos ao firmar a idéia da necessidade do aparelhamento humano como pilar para a segurança do Estado. Este é o modo que oferece melhores resultados devido ao acordo entre a sociedade, as lideranças políticas e os militares acerca do alistamento.

O estilo militar:

Sem dúvida, o mais difícil indicador. O estilo militar expõe as diferenças da elite castrense em relação às demais elites. Refere-se, outrossim, à valoração popular sobre a atuação das Forças Armadas e os valores éticos da instituição que permeiam a relação entre os militares e o restante da sociedade. Retrata, ademais, os símbolos e rituais da corporação, inseridos na cultura e na História da nação e os processos institucionais que determinam as necessidades e exigências castrenses.[39]

Feita esta breve explanação dos atores e dos indicadores da concordância, questionamentos remanescem: Como estes quatros indicadores funcionam juntos? Quantas concordâncias são necessárias para evitar golpes militares? Como saber que a concordância foi alcançada?

Acorde Rebecca Schiff não há necessidade de harmonia absoluta entre os três sócios para a obtenção da concordância, contudo, quanto maior a discórdia, maior a possibilidade de uma intervenção militar.

A respeito, Jonh M. Anderson[40] afirma que as evidências do desacordo entre os parceiros concernentes a qualquer um dos quatro indicadores é suficiente, mas não condição necessária, para uma tentativa de golpe.[41] Sua tese discorda, em certos aspectos, da teoria da concordância, mas reconhece que ela se comprova no caso argentino[42].

Por fim, mais recentemente, foi apresentada por Peter Feaver a nova Teoria da Agência.[43] Sinteticamente pode ser assim descrita: no cotidiano social existem transações onde há oferta e demanda de serviços. Nestas situações estarão sempre presentes interesses que,

---

[37] SCHIFF, Rebecca. *Civil-military relations reconsidered: a theory of concordance*, op.cit, p.15

[38] SCHIFF, em seu trabalho, utilizou os conceitos de Samuel Finer. Neste sentido, consultar: ANDERSON, John M. *Civil-military relations and concordance theory: a case study of Argentina.* Tese de mestrado apresentada na Naval Posgraduate School, Monterey, California: 1968, p.30

[39] "*Com respeito à simbologia do poder (...) o uniforme sempre foi um símbolo de respeitabilidade, profissionalismo, de diferença ou coesão. Outros símbolos e rituais (…) capturam o significado de pertencer às Forças Armadas*". SCHIFF, Rebecca. *Concordance theory in America. op.cit.*, pp.17-18

[40] ANDERSON, John M. *Civil-military relations and Concordance Theory: a case study of Argentina*, op.cit. p.34

[41] Rebecca Schiff testou sua teoria estudando as RCM em Israel e na Índia, bem como durante o período pré-revolucionário americano. Seu trabalho sofreu severas críticas por parte de Richard S. Wells, onde ele afirma que a teoria nada tem de inovadora por deixar de apresentar afirmações conceituais inéditas. In: WELLS, Richard, S. The theory of concordance in civil-military relations:a commentary. *In: Armed Forces & Society: An Interdisciplinary Journal*, winter 96, vol 23, nº 2, pp. 269-275. As refutações aos argumentos de Wells por Schiff foram publicadas na mesma Revista. Vide: SCHIFF, Rebecca. Concordance Theory: A Response to Recent Criticism. *In: Armed Forces* & *Society: An Interdisciplinary Journal*, winter 96, vol 23, nº 2, pp:277-283

[42] Suas discordâncias principais versam sobre os três grupos onde os "sócios" encontram-se divididos e sobre a assertiva de as Forças Armadas não serem uma organização monolítica porque encontram-se divididas pelo serviço (Exército, Marinha e Aeronáutica) e pela hierarquia. *Vide*: ANDERSON, John M, *op.cit.*, p. 69

[43] FEAVER, Peter D. *Armed servants: agency, oversight, and civil-military relations.* Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003

freqüentemente, serão distintos e, por vezes, conflitantes. A questão está em como compatibilizá-los tornando viável a relação. Os estudiosos da Ciência das Organizações responderam-na com a "Teoria da Agência".

Segundo esta teoria, denomina-se *principal,* pessoa ou organização que busque a prestação de serviços e *agente*, pessoa ou organização que provê a realização desse serviço.

A relação *agente/principal* torna-se conflituosa quando um determinado indivíduo – o *agente* – age em nome de outro, o *principal*, e os objetivos de ambos não coincidem integralmente. Daí, o *agente* vê-se forçado a agir em favor do *principal*, mas tem seus próprios interesses sobre a relação. Simultaneamente, o *principal* nunca detém a informação completa sobre as atividades do *agente* e, muitas vezes, sequer, sabe realizar as tarefas deste.

Posto desta maneira, o *principal* busca implementar uma estrutura de incentivos e monitoramento, visando alinhar os interesses do *agente* aos seus interesses.

Peter D. Feaver, ao analisar as RCM baseado na Teoria da Agência, acredita que ela pode explicar a "*interação estratégica entre os civis (principais) e os militares (agentes)*". Ele propõe um sistema assertivo - delegativo para justificá-la. Sob o comando assertivo, os militares não poderiam tomar decisões sem permissão do poder civil, enquanto sob o comando delegativo, embora subordinados aos civis, os militares teriam mais autonomia.

A teoria superpõe dois aspectos: a incorporação das considerações sobre o monitoramento dos *agentes* e a convergência das preferências dos *principais* e dos *agentes*.[44]

De acordo com Feaver existe um contrato[45] entre ambos para desenvolver o uso da força em favor da defesa dos interesses civis. É monitorando o *agente* que se reduz o risco de abuso do poder. A teoria prega ser o controle civil crucial para a instituição democrática: "*mesmo quando o militar está certo, a teoria democrática intervém e insiste que ele deve se submeter à liderança civil que a política escolheu.*"[46]. Ainda: *"se os líderes civis não controlam os militares com responsabilidade, então o derradeiro principal civil, o eleitorado, tem a obrigação de punir seus agentes, os eleitos(...)"*[47]

No capítulo final da sua obra, Feaver enumera as contribuições da Teoria da Agência ao desenvolvimento do estudo das RCM, enumerando como as mais relevantes: a simplicidade do modelo que permite uma pronta expansão, a revisão ou contraste com as outras teorias, a identificação de várias soluções para a problemática civil-militar e a inexistência de um controle civil perfeito.[48]

CONCLUSÕES

Extrai-se do exposto, à guisa de conclusão, ser o controle civil sobre as Forças Armadas essencial para as sociedades, independentemente do regime adotado. A problemática é antiga e constitui objeto de reflexão de filósofos, sociólogos e juristas.

Examinar como as Forças Armadas interagem com as autoridades civis, ou melhor, como interagem com a sociedade, tem sido analisada por "gerações" de teorias que discorreram sobre o tema.[49] Contudo, a despeito dos esforços doutrinais empreendidos, remanescem sem resposta três questões fundamentais: como as autoridades civis controlam ou devem controlar os

---

[44] *Ibid*, p.56
[45] *Ibid*, p.57
[46] *Ibid*, 302
[47] *Ibid*, 302
[48] *Ibid*, 285
[49] FOSTER, Anthony. *New civil-military relations and its research agenda*. http://www.dcaf.ch/news/past_2001

militares; quais políticas e estruturas deverão ser adotadas neste controle e qual o padrão das relações civis-militares apresenta-se como o mais adequado para uma sociedade democrática?[50]

Bland afirmaria a propósito, que nas RCM subsistem uma forma anárquica de relacionamento porquanto, nem a autoridade civil, nem a militar, subjugam uma a outra[51] e, sob este enfoque, torna-se extremamente difícil estabelecer o procedimento mais adequado para administrar a dicotomia existente.

Paralelamente, indubitável ter o contexto mundial adquirido nova feição com o término da Guerra Fria e, mormente, após os ataques do 11 de setembro, quando a natureza da guerra foi alterada drasticamente e, por conseqüência, o papel dos militares, aumentando a tensão existente entre Forças Armadas e autoridades civis.

Neste diapasão, faz-se mister revisar o trabalho dos antigos mestres com o propósito de elaborar um novo arcabouço teórico, interdisciplinar, que conjugue os conceitos fornecidos pelas Relações Internacionais, Sociologia e Ciência Política.

De igual modo, as interpretações empreendidas hão de ser antecedidas por opções epistemológicas e ontológicas, com o fito de justificar os condicionamentos conjunturais das relações civis-militares e avaliar a necessidade do deslocamento de um Estado centrista para um Estado multifacetado.

Neste sentido, deve-se vislumbrar o controle civil como um processo dependente dos atores envolvidos e mutável temporalmente. De fato, a fronteira entre civis e militares não possui contornos definitivos, permeável que é à dialética histórica. O bom relacionamento entre civis e militares envolve três fatores preponderantes: o estabelecimento de estruturas políticas democráticas e estruturas efetivas de defesa; um Poder Legislativo consciente da importância das Forças Armadas para o Estado, e um engajamento amplo da sociedade civil no tocante aos problemas da segurança nacional.[52]

As RCM, em uma democracia liberal, reproduzem na sua essência, um mecanismo capaz de unir as Forças Armadas e as autoridades civis ao povo, pois, na realidade, o atrito não ocorre entre os militares e a sociedade, mas sim, entre as elites civil e armada. Do ponto de vista organizacional, as análises temáticas narram o entrelaçamento dos dirigentes políticos com as Forças Armadas. Da perspectiva social, retratam a relação entre os atores civis e militares e do ponto de vista político, refletem a ligação da violência organizada com os interesses estatais.[53]

A indagação centra-se na obtenção de um controle legítimo que integre as Forças Armadas, por intermédio do ordenamento jurídico, na tessitura social sem comprometer seus valores, tradições e, sobretudo, sem desvirtuar sua missão.

À evidência, cada Estado a responderá consoante suas condições estruturais e realidades variantes tais como: o papel constitucional dos militares, o prestígio desfrutado junto à coletividade e a postura da opinião pública acerca da defesa nacional.

Sem dúvida, trata-se de um dilema em permanente modificação, porque em permanente modificação se encontram a sociedade civil e os militares na dinâmica construtiva do Estado de Direito.

---

[50] BLAND, Douglas, L. Who decides what? Civil- military relations in Canada and United States. In: Canadian-American Public Policy, nº 41, 2000, pp1-60

[51] Ibid, p.2

[52] COTTEY, Andrew, EDMUNDS e FOSTER, Anthony. The Second Generation Problematic: Rethinking Democracy and Civil-Military Relations. In: Armed Forces & Society, 2002; 31-56, p.48

[53] BREDOW, Wilfried. Civil-military relations and democracies. In: Clausewitz in 21 century, Oxford: Oxford University Press, 2007.

BIBLIOGRAFIA

ABRAHMSSON, Bengt. *Military professionalization and political power*. London: Sage Publications, 1972.

ANDERSON, John M. *Civil-military relations and concordance theory: a case study of Argentina*. Tese de mestrado apresentada na Naval Posgraduate School, Monterey, California, 1968.

AVANT, Deborah. *Conflicting Indicators of Crisis in America Civil Relations, Armed Forces & Society,* vol. 24, nº 3, Spring 1998.

BALTAZAR. Maria da Saudade. *O Estado das relações civis-militares em democracia*, IV Congresso Português de Sociologia, 2000. htpp//www.aps.pt/ivcong-actas/Acta029.pdf, consultado em 19/04/07, às 18:05h

BLAND, Douglas. A Unified Theory of Civil-Military Relations, *Armed Forces & Society*, vol. 26, nº 1, fall 1999.

_____ *Who decides what? Civil-military relations in Canada and United States*. Canadian-American Public Policy, nº 41, 2000, pp.1-60.

BREDOW, Wilfried. *Civil-military relations and democracies. Clausewitz in 21 century*: Oxford, Oxford University Press, 2007.

CARRIÇO, Manuel Alexandre Garrinhas. As Abordagens Empíricas de Análise das Relações entre Civis e Militares: O Caso da República Popular da China*, Revista Militar Portuguesa*, maio de 2006.

COTTEY, Andrew, EDMUNDS, Tim e FORSTER, Anthony. Democratic Control of Armed Forces in Central and Eastern Europe; A Framework for Understanding Civil-Military Relations in Postcommunist Europe*, ESRC "One Europe or Several?"* Working Paper 1/99, Sussex: University of Sussex, 1999.

_____ The Second Generation Problematic: Rethinking Democracy and Civil-Military Relations*, Armed Forces & Society,* 2002; pp. 31-56.

FEAVER, Peter D., *Armed servants: agency, oversight, and civil-military relations*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003.

_____ The civil-military problematique: Huntington, Janowitz, and the question of civilian control, *Armed Forces and Society,* 23, nº 2, winter 1996.

FINER, Samuel. *The man on horseback: the role of military in politics*. London, Pall Mall, 1962.

FOSTER, Anthony. *New civil-military relations and its research agenda*. http://www.dcaf.ch/news/past_2001/ev_geneva_0112134_fosterCMR.pdf, consultado em 28/02/2008, às 18:40 h.

HAMILTON, Alexander. *The federalist papers: nº26* , http://www.yale.edu/lawweb/avalon/federal/fed26.htm, consultado às 19:24h, de 24/09/2007

HUNTINGTON, Samuel P. *O Soldado e o Estado. Teoria e Política das Relações entre Civis e Militares*, Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército Editora, 1996.

_____ *O Choque de Civilizações e a recomposição da ordem mundial*. Tradução de M. H. C. Côrtes. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 1997.

JANOWITZ, Morris. *The professional soldier: a social and political portrait*. New York: The Free Press, 1960.

KÜMEL, Gehard. The military and its civilian environment: reflections on a theory of civil-military relations, *The Quarterly Journal*, nº 4, dezembro de 2002.

MOSKOS, Charles. *Soldiers and Sociology*. United States Army Research Institute for the Behavioral and Social Sciences, 1998.

NAKAZATO, Hiroshi. *Defensive discourses: a narrative theory of civil-military relations*, Tese de doutorado defendida no Boston College, Graduate School of Arts & Science, Departamento de Ciência Política, abril de 2006.

PERLMUTTER, Amos. *Modern Authoritarianism. A Comparative Institutional Analysis*. New Haven/London: Yale University Press, 1981.

PLATÃO. *A República*. São Paulo: Martin Claret Editora, 2002, livro II.

ROVERE, Richard H. e SCHLESINGER, Arthur Jr. *General MacArthur and President Truman: The Struggle for Control of American Foreign Policy*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1992.

SARKESIAN, Sam C. e CONNOR Robert E. *America's Armed Forces: A Handbook of Current and Future Capabilities*, Westport. CT: Greenwood Press, 1996.

SCHIFF, Rebecca. Civil-military relations reconsidered: a theory of concordance, *Armed Forces & Society: An Interdisciplinary Journal*, vol. 22, nº 1, 22/09/95.

_____ Concordance Theory: A Response to Recent Criticism, *Armed Forces & Society: An Interdisciplinary Journal*, winter 96, vol. 23, nº 2.

TAYLOR, Edward R. Command in 21st century: an introduction to civil-military relations, Tese de mestrado apresentada na Naval Posgraduate School, Monterey, California, 1998.

TILLY, Charles. How war made states, and vice versa *In: Coercion, Capital, and European States AD 990-1992*. Cambridge: Blackwells Publishers, 1992.

TRUMAN, Harry S. *Years of Trial and Hope*. New York: Garden City, Doubleday, 1956.

WELLS, Richard, S. The theory of concordance in civil-military relations: a commentary, *Armed Forces & Society: An Interdisciplinary Journal*, winter 96, vol. 23, nº2.

Libertad de conciencia frente al deber de obediencia a las órdenes recibidas en el Ejército, o la Guerra de Irak bajo el control de los Tribunales Contencioso-Administrativo[1]

Markus Kotzur

SUMÁRIO. *1. INTRODUCCIÓN. 2. EL CASO. 3. LAS CUESTIONES JURÍDICAS FUNDAMENTALES. 3.1 El poder de mando militar y sus límites (jurídico-constitucionales). 3.2 La vigencia de la libertad de conciencia del art. 4.1 de la Ley Fundamental para los soldados del ejército federal. 3.3 Los criterios determinantes de la decisión en conciencia en el caso concreto. 3.3.a) Los fundamentos de la formación de la decisión. b) La relevancia de la conformidad a Derecho internacional de la guerra de Irak para la decisión en conciencia. c) La disconformidad a Derecho (internacional o constitucional) de la participación de la República Federal en la guerra de Irak en el contexto de la concreta decisión en conciencia. d) La cuestión de la causalidad. 3.4 Límites de la libertad de conciencia. 4. CONSIDERACIÓN FINAL SOBRE EL ESTILO DE LA SENTENCIA*

1. INTRODUCCIÓN

En el verano de 2005 pronunció el Tribunal Constitucional alemán algunas sentencias relevantes, que suscitaron no sólo la atención de los políticos y de los prácticos del Derecho, sino también comentarios por parte de la literatura científica[2]. Con tanta competencia desde Karlsruhe, corre el riesgo de caer en el olvido, pese al abundante espacio que inicialmente le dedicó la prensa, una interesante resolución de la Segunda Sala de lo Militar del Tribunal Contencioso-Administrativo Federal (2. «Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts»). Y sería una pena, especialmente porque la sentencia vincula la disputa sobre los límites de la libertad de conciencia de los militares con cuestiones de Derecho internacional y constitucional acerca de la conformidad a Derecho de la guerra de Irak; o, hablando con más cautela, «contextualiza» estos problemas. Una vez más se muestra aquí la interdependencia entre Derecho constitucional y Derecho internacional público. Cuando el Estado constitucional abierto y cooperativo[3] no puede evitar el salto hacia la dimensión internacional, y al mismo tiempo incorpora «standards» internacionales en el Derecho nacional y los impone mediante sus tribunales nacionales, el Derecho internacional y el Derecho constitucional aparecen como los dos lados de una única moneda. Entre los responsables de ello, y no en último lugar, está el tercer poder de los Estados

[1] El texto fue publicado originalmente en Juristen Zeitung 1/2006, pp. 25-30, como comentario a la Sentencia de la Segunda Sala de lo Militar del Tribunal Contencioso-Administrativo federal alemán de 21 de Junio de 2005 (BVerwG 2 WD 12.04), bajo el título "Gewissenfreiheit contra Gehorsampflicht oder: der Irak-Krieg auf verwaltungsgerichtlichem Prüfstand". En el mismo número (JZ 2006, pp. 41-42) se recogen las formulaciones generales que orientan la resolución (Leitsätze), que la propia Sala antepone a su sentencia; ésta se puede consultar íntegra en la página web del Tribunal(http://www.bverwg.de/media/archive/3059.pdf, que ofrece, tras los Leitsätze, un resumen más extenso de los fundamentos de la sentencia). KOTZUR, Markus. Libertad de conciencia frente al deber de obediencia a las órdenes recibidas en el Ejército, o la Guerra De Irak bajo el control de los Tribunales Contencioso-Administrativo. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Granada, Espanha, a. 3, n. 6, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE6/articulos/14markus-kotzur.htm>.Acesso em 28.11.2007.

[2] Por ejemplo BVerfGE 113, 273; sobre ella J. VOGEL, "Europäischer Haftbefehl und deutsches Verfassungsrecht", JZ 2005, pp. 801 ss.; K. M. BÖHM, "Das Europäische Haftbefehlsgesetz und seine rechtsstaatlichen Mängel", NJW 2005, pp. 2588 ss.

[3] P. HÄBERLE, "Der kooperative Verfassungsstaat" (1978), en P. HÄBERLE, Verfassung als öffentlicher Prozess, 3.ª ed. 1998, pp. 407 ss.; del mismo autor Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2.ª ed. 1998, pp. 177 ss.; más tarde S. HOBE, Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz, 1998, y "Der kooperationsoffene Verfassungsstaat" en Der Staat 37 (1998), pp. 521 ss.; aún más amplio alcance tiene la obra hoy ya clásica de K. VOGEL, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, 1964; más recientemente, y atendiendo a la globalización, U. DI FABIO, Das Recht offener Staaten, 1998.

nacionales[4], que tutela las garantías ofrecidas por el Derecho internacional, colabora en el proceso de constitucionalización de este Derecho[5] y, de este modo, está en condiciones de trazar los necesarios límites a una línea de pensamiento que, tomando como punto de partida la teoría del estado de excepción[6], vuelve a resultar popular en tiempos de amenaza terrorista global. De aquí, en cualquier caso, surgen tanto posibilidades como riesgos: las posibilidades de una consecuente imposición efectiva del Derecho internacional sobre la base de unas Constituciones nacionales que le ofrecen colaboración; los peligros de un "judicial activism" con plena conciencia misionera en ámbitos en los que procedería un discreto "judicial self-restraint". La Segunda Sala de lo Militar del Tribunal Contencioso-Administrativo Federal, en una espectacular sentencia que comprende nada menos que 126 folios, con un despliegue argumentativo digno de una tesina, hizo uso decidido de las posibilidades de actuar como "tribunal nacional de Derecho internacional". Con no menor decisión se puso la Sala a merced de (algunos de) los riesgos que ello conlleva.

2. EL CASO

Reduzcamos el muy complejo caso a su problema central, aunque hayamos de asumir los riesgos asociados a tales podas. Deliberadamente prescindimos de todas las cuestiones procesales. Al recurrente, un Comandante (Major) del Ejército, militar profesional por tanto, en activo como "Oficial de Estado Mayor de planificación, organización y procesamiento de datos", le correspondía el nivel salarial A13. En marzo de 2003 rechazó la orden, impartida primero verbalmente y luego por escrito, de proseguir su tarea en el proyecto "SASPF" de software de uso militar**. Como motivo adujo que no cabía excluir que los resultados de los desarrollos de software dirigidos por él pudieran servir como apoyo para una "participación ilegal de la República Federal en el ataque ilegal contra Irak". En febrero de 2004, el Tribunal Militar competente le consideró culpable de una falta en el servicio y le rebajó al grado de capitán con nivel salarial A11. El tribunal valoró la conducta del militar como infracción dolosa de los deberes de cumplimiento leal del servicio conforme al art. 7 de la Ley sobre el estatuto jurídico de los militares (SG, «Soldatengesetz»), de vigilancia en el servicio conforme al art.10.2 de la SG, de obediencia conforme a la primera frase del art. 11.1 de la SG y de preservación de la consideración y de la confianza que corresponde a un militar conforme a la primera frase del

---

4 La "relación de cooperación" entre instancias nacionales e internacionales resulta hoy intensamente debatida en el plano europeo por lo que se refiere a la "protección cooperativa de los derechos humanos": J. LIMBACH, "Die Kooperation der Gerichte in der künftigen europäischen Grundrechtsarchitektur – Ein Beitrag zur Neubestimmung des Verhältnisses von BVerfG, EuGH und EGMR", EuGRZ 2000, pp. 417 ss.; H. C. KRÜGER/J. POLAKIEWICZ "Vorschläge für ein kohärentes System des Menschenrechtsschutzes in Europa. Europäische Menschenrechtskonvention und EU-Grundrechte-Charta", EuGRZ 2001, pp. 92 ss.; W. HOFFMANN-RIEM, "Kohärenz der Anwendung nationaler und europäischer Grundrechte", EuGRZ 2002, pp. 473 ss.; R. JAEGER, "Menschenrechtsschutz im Herzen Europas. Zur Kooperation des Bundesverfassungsgerichts mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften", EuGRZ 2005, pp. 193 ss.

5 Abriendo camino A. VERDROSS, Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1926; también C. W. JENKS,The Common Law of Mankind, 1958, p. 169 y passim; desde una perspectiva actual W. HERTEL,Supranationalität als Verfassungsprinzip, 1998, pp. 87 ss. y también en otros pasajes; P. M. DUPUY, "The Constitutional Dimensions of the Charter of the United Nations Revisited", Max Planck Yearbook of International Law 1 (1997), pp. 1 ss.; B. FASSBENDER, UN Security Council Reform and the Right to Veto. A Constitutional Perspective, 1998, pp. 19 ss. (entre otras); del mismo autor "The United Nations Charter as Constitution of the International Community", Columbia Journal of Transnational Law 36 (1998), pp. 529 ss.; D. THÜRER, "Modernes Völkerrecht: Ein System von Wandel und Wachstum – Gerechtigkeitsgedanke als Kraft der Veränderung", ZaöRV 60 (2000), pp. 557 ss.

6 E. ŠARÈEVIÆ, "Notstand und völkerrechtliches Verfassungsexperiment – Völkervertragsrechtliche Verfassungsgebung auf dem Prüfstand", en Gedächtnisschrift für J. Burmeister, 2005, pp. 359 ss.; M. KOTZUR, "Die Weltgemeinschaft im Ausnahmezustand", AVR 42 (2004), pp. 353 ss.

** N. del T.: Standard-Anwendungs-Software-Produkt-Familien: La traducción podría ser "familias de productos de software de utilización estandarizada". Se trata de sustituir la multiplicidad de programas informáticos utilizados por los diferentes servicios del ejército federal por una única plataforma que facilite el intercambio de datos y permita un funcionamiento en red más eficiente y rápido. Alguna información sobre este proyecto puede obtenerse en la página web del propio Ministerio de Defensa alemán (http://www.bmvg.de/portal/a/bmvg).

art. 17.2 de la SG. En una consideración de conjunto, se trata de una falta en el servicio conforme al art. 23.1 de la SG y al art. 18.2 del Reglamento de disciplina militar (WDO, «Wehrdisziplinarordnung»).

En los fundamentos de la sentencia se lee, entre otras cosas, que la orden impartida estaba justificada, al margen de que el uso de la fuerza armada por parte de los Estados Unidos de América en Irak merezca o no la calificación de guerra de agresión y de que la República Federal de Alemania haya prestado colaboración o no. Su trabajo en el desarrollo de software en ningún momento habría facilitado apoyo directo o indirecto a la intervención armada de los Estados Unidos en Irak. El recurrente, un militar con años de profesión a sus espaldas y experiencia como oficial de Estado Mayor, habría podido apreciarlo sin dificultad, y habría debido hacerlo. Frente a la Sentencia del Tribunal Militar apeló el recurrente en marzo de 2004 ante el Tribunal Contencioso-Administrativo Federal. Alega que el Tribunal Militar había omitido considerar los motivos de su decisión: a su juicio, la intervención militar de los Estados Unidos contra Irak era una guerra de agresión, y consideraba como participación en tal guerra de agresión el apoyo dado por ejemplo mediante el uso de aviones dotados de dispositivos AWACS («Airborne Warning and Control System») y la vigilancia por el ejército alemán de los cuarteles americanos, supliendo a los soldados americanos desplazados a la guerra. Por eso había considerado que obedecer sin rechistar la orden recibida era incompatible tanto con su conciencia como con la situación jurídica. Su conducta estaría amparada por el art. 26 de la Ley Fundamental, el art. 80 del Código Penal, el art. 5 del Código Penal Militar y el art. 11.2 de la SG. La apelación del militar ante el Tribunal Contencioso-Administrativo Federal resultó acogida en todos sus extremos.

3. LAS CUESTIONES JURÍDICAS FUNDAMENTALES

La sala que conoció del caso buscaba con su decisión, intensamente sustentada en citas doctrinales, ante todo dos objetivos: en primer lugar quiere proteger la libertad de conciencia (Art. 4.1 de la Ley Fundamental) de los soldados del ejército alemán en la mayor medida posible, sin sacrificarla a precipitadas consideraciones de funcionalidad del servicio. Así dice literalmente (pág. 112)[7], con evidente referencia crítica a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional[8]: "La Ley Fundamental regula (...) una vinculación de las fuerzas armadas a los derechos fundamentales, y no por cierto una vinculación de los derechos fundamentales a las decisiones y a las necesidades de las fuerzas armadas". La segunda finalidad conduce mucho más allá de los derechos fundamentales. El Tribunal utiliza las normas correspondientes de la Ley Fundamental, del Derecho militar y del Derecho penal militar para el control incidental, conscientemente planteado en términos fundamentales, de una doble cuestión altamente explosiva: ¿fue la guerra de Irak conforme al Derecho internacional? En caso contrario, ¿infringieron el Derecho internacional y el Derecho constitucional (en especial los arts. 25 y 26 de la Ley Fundamental) los apoyos que prestó Alemania a los Estados Unidos de América y al Reino Unido (garantía del derecho a sobrevolar territorio alemán, utilización de las instalaciones situadas en Alemania, protección de dichas instalaciones, vigilancia del espacio aéreo turco por soldados alemanes a bordo de aviones AWACS)? Veámoslo en detalle.

---

[7] La sentencia se cita siguiendo su publicación oficiosa en la página web del Tribunal Contencioso-Administrativo Federal.

[8] BVerfGE 59, 1 ss. Existe una remisión expresa a los votos particulares de los Magistrados Mahrenholz y Böckenförde (pp. 57 ss.).

3.1 El poder de mando militar y sus límites (jurídico-constitucionales)

De manera convincente constata la sala que la obligación de obediencia que se deriva de la segunda frase del art. 11.1 de la SG es ciertamente un deber central del servicio de todo soldado, pero no impone una obediencia ciega e incondicionada. Hace tiempo que el ciudadano que viste de uniforme ha dejado de estar sujeto a vinculaciones como las derivadas del art. 64.1 de la Constitución del Reich de 1871 o del juramento al servicio de la «Wehrmacht» de 20 de agosto de 1934 (RGBl. I, pág. 785)[9]. En diametral oposición con ello estarían, en particular, los arts. 1.1, 1.3 y 20.3 de la Ley Fundamental. Los límites jurídicos de la competencia militar de mando pueden ser clasificados, para mayor claridad, en siete grupos. Hay que partir del art. 11 de la SG, en concreto de la primera parte de la frase tercera del apartado 1 y de la frase primera del apartado 2, pero no son las únicas normas relevantes. No necesitan o incluso no «deben» ser obedecidas (1) las órdenes que atentan contra la dignidad humana. Lo mismo sirve para (2) las órdenes que no se orientan a los fines del servicio. Cuáles sean estos resulta de un lado de los fines y tareas que la Constitución atribuye al ejército federal (art. 87a.1, art. 115a de la Ley Fundamental)[10], de otro de los criterios que formula el Derecho internacional vigente – ante todo atendiendo a los fundamentos que justifican la autodefensa individual y colectiva conforme al art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas como quiebra estrechamente delimitada de la prohibición general del uso de la fuerza[11]. El Tribunal deja deliberadamente abierta la cuestión de si la orden impartida era o no conforme a los fines del servicio a la vista de la guerra de Irak. Del deber de obediencia quedan también excluidas las órdenes con cuyo seguimiento se cometería un delito, comprendiendo no sólo los delitos definidos por el Derecho penal nacional, sino también los delitos configurados por el Derecho penal internacional[12]. La falta de mecanismos en el plano internacional que aseguren la imposición efectiva del Derecho internacional puede ser así compensada a través de los tres poderes de un Estado constitucional comprometido con él.

Un nuevo grupo de órdenes no vinculantes son las que resultan objetivamente imposibles de cumplir o las que han perdido su sentido (4). Evidentemente no pueden ser vinculantes tampoco las órdenes que conducen a vulnerar la primera frase del art. 26.1 de la Ley Fundamental (5). Esta norma enlaza con el concepto de "guerra de agresión" determinado por el Derecho internacional[13]. Conforme a su tenor literal, se trata ciertamente sólo de las acciones preparatorias; utilizando el argumento «a minore ad maius» quedan sin embargo igualmente prohibidas cualesquiera medidas de apoyo. El Tribunal deja de nuevo aquí deliberadamente abierta la cuestión de la participación de la República Federal en una guerra de agresión contra Irak, que infringiría tanto el Derecho internacional como el Derecho constitucional. Como argumentación señala que en cualquier caso quedaría afectada la libertad de conciencia del militar. Por el mismo motivo tampoco precisa de aclaración terminante la cuestión de si el cumplimiento

---

[9] H. HERBELL, Staatsbürger in Uniform, 1969; U. SIMON, Die Integration der Bundeswehr in die Gesellschaft, 1980; K. KISTER/U. A. HUNDT (ed.), Staatsbürger in Uniform – Wunschbild oder gelebte Realität, 1989; U. ULRICH, Beteiligung in der Bundeswehr, 2002; E. WIESENDAHL (ed.), Neue Bundeswehr – neue Innere Führung, 2005; más en general W. MARTENS, Grundgesetz und Wehrverfassung, 1961; D. RAUSCHNIG, en I. v. MÜNCH (ed.), Besonderes Verwaltungsrecht, 8.ª ed., 1988, pp. 919 ss.

[10] C. ARNDT, "Bundeswehreinsatz für die UNO", DÖV 1992, pp. 618 ss., 619; W. GRAF VITZTHUM, "Der Spannungs- und der Verteidigungsfall", en ISENSEE/KIRCHLOF, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 1992, parágrafo 170.

[11] ALEXANDROV, Self-Defense against the Use of Force in International Law, 1996; Gardam, Proportionality, Necessity and the Use of Force by States, 2004; más referencias en M. BOTHE, "Friedenssicherung und Kriegsrecht", en W. GRAF VITZTHUM (ed.), Völkerrecht, 3.ª ed. 2004, 8.ª Sección, número marginal 19, nota a pié de página 63.

[12] Véase entre otros D. KHAN, en K. AMBOS et alii (ed.), Der Irak-Krieg und das Völkerrecht, 2004; G. Werle, Völkerstrafrecht, 2003.

[13] R. STREINZ, en M. SACHS (ed.), GG-Kommentar, 3.ª ed. 2003, Art. 26, número marginal 18, con más referencias.

de la orden impartida contradiría las normas generales del Derecho internacional[14] en el sentido del art. 25 de la Ley Fundamental (6). Finalmente, carecen igualmente de vinculatoriedad las órdenes "inadmisibles". Tal inadmisibilidad se produce cuando se inmiscuyen de modo particularmente profundo y amplio en la esfera de la personalidad[15]. Con ello queda tendido el puente que conduce al art. 4.1 de la Ley Fundamental, porque la libertad de conciencia y de la decisión en conciencia están vinculadas de modo inescindible a la imagen de la personalidad moral autónoma en la que se apoya la propia Constitución[16].

3.2 La vigencia de la libertad de conciencia del art. 4.1 de la Ley Fundamental para los soldados del ejército federal

Que los derechos fundamentales extienen su vigencia también a las llamadas relaciones especiales de sujeción recibe hoy un reconocimiento consolidado[17], y resulta especialmente adecuado para la libertad de conciencia. Tal "derecho fundamental originario" no sólo afecta al núcleo de la formación de la personalidad y la identidad de las personas, sino que, como derecho fundamental, resulta además una piedra de toque para la situación del Estado y de la sociedad[18] – también para la autoidentificación del ejército, radicado en la sociedad y que actúa desde su interior[19]. Como parte del poder ejecutivo, el ejército federal está vinculado a los derechos fundamentales, a la ley y al Derecho, de conformidad con los arts. 1.3 y 20.3 de la Ley Fundamental. Además, sus fundamentos éticos[20] y la libertad de conciencia de sus miembros, que actúan y deciden bajo su propia responsabilidad ética, resultan inseparables. Con convicente naturalidad, la Sala refiere la libertad de conciencia al ámbito de máxima sensibilidad ética del servicio a las armas[21]. No queda impedido de apelar a su libertad de conciencia, por ejemplo, quien no haya objetado al servicio militar conforme al art. 4.3 de la Ley Fundamental[22]. Justamente quien se ha obligado al servicio al ejército, sea como soldado de reemplazo, sea como militar profesional, debe someter su acción cotidiana al juicio constante de su conciencia y, conforme a la segunda frase del art. 11.1 de la SG está expresamente constreñido a actuar "en conciencia". La imagen de la obediencia "reflexiva" o "pensante" resulta muy ilustrativa. Pero de

---

[14] Del que forma parte en cualquier caso (pero de ningún modo puede entenderse que sólo él) el "ius cogens", que por su parte es reconocido en el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; véanse por ejemplo S. KADELBACH, Zwingendes Völkerrecht, 1992; A. VERDROSS/B. SIMMA,Universelles Völkerrecht, 3.ª ed. 1984, parágrafo 1263; W. GRAF VITZTHUM, "Begriff, Geschichte und Quellen des Völkerrechts", en la obra editada por él mismo Völkerrecht, 3.ª ed. 2004, 1.ª Sección, número marginal 13. Sobre la prohibición del uso de la fuerza detalladamente M. BOTHE, "Friedenssicherung und Kriegsrecht", en la misma obra, 8.ª Sección, números marginales 3 ss. Entre tales normas generales se incluye también el Derecho internacional consuetudinario en virtud del art. 38.1 letra b del Estatuto del Tribunal de Justicia Internacional y los principios generales del Derecho conforme a la letra c del mismo precepto. El art. 59.2 de la Ley Fundamental es lex specialis para la vigencia interna del Derecho internacional convencional, cfr. R. STREINZ en M. SACHS, GG-Kommentar, Art. 25, números marginales 29 y ss.

[15] Sobre este extremo se extiende la sentencia en pp. 38 y ss.

[16] BVerwGE 12, 45 (54); R. BÄUMLIN y E.-W. BÖCKENFÖRDE, "Das Grundrecht der Gewissensfreiheit", VVDStRL 28 (1970), pp. 3 ss. y 33 ss. respectivamente; H. BETHGE, "Gewissensfreiheit", en ISENSEE/KIRCHHOF, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 2.ª ed. 2001, parágrafo 137; M. MORLOK en H. DREIER (ed.), GG-Kommentar, Bd. I, 2.ª ed. 2004, Art. 4, números marginales y 81 ss.; sobre la imagen de la personalidad moral autónoma P. HÄBERLE, Das Menschenbild im Verfassungsstaat, 3.ª ed. 2005; U. BECKER, Das "Menschenbild des Grundgesetzes" in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1996.

[17] H. BETHGE, "Gewissensfreiheit", op. cit. en n. 15, número marginal 17, con referencias adicionales; de la literatura anterior véase A. PODLECH, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die besonderen Gewaltverhältnisse, 1969.

[18] U. STEINER, "Das Grundrecht der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 4 I, II GG)", JuS 1982, p. 156.

[19] U. SIMON,Die Integration der Bundeswehr in die Gesellschaft, 1980.

[20] K. EBELING/A. SEIFFERT/R. SENGER, Ethische Fundamente der inneren Führung, 2002.

[21] Véanse también BVerwG 1 WDB 1/70; BVerwGE 83, 358 (360); BVerwGE 93, 323 (329); BVerwGE 103, 361 (371 s.).

[22] Cfr. la exposición de las pp. 61 ss. de la sentencia. El proceder metódico de la Sala resulta modélico. Concretiza las expresiones de la Ley Fundamental atendiendo a las reglas de las Constituciones de los Länder, reflexiona sobre la historia de su desarrollo y genera consecuentemente un comparatismo jurídico en el interior de la Federación. Sobre el art. 4.3 de la Ley Fundamental cfr. A. ARNDT, "Das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung", en E.-W. BÖCKENFÖRDE/W. LEWALD (ed.), Gesammelte juristische Schriften von A. Arndt, 1976, pp. 171 ss.; W. BERG, "Das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", AöR 107 (1982), pp. 585 ss.

tal obligación de "pensar" y enjuiciar crítica y autocríticamente se sigue aún otra consecuencia. Quien libremente ha asumido una relación obligatoria debe prever las consecuencias ligadas a ella y también los conflictos éticos potenciales[23]. Su concreta decisión en conciencia ha de encontrar su parámetro en las decisiones fundamentales que se tomaron inicialmente. El militar ciertamente no tiene que contar con su participación, ni siquiera indirecta, en medidas contrarias a la Constitución o al Derecho internacional. Pero por supuesto que sí ha de contar con verse implicado en decisiones fundamentales de amplio calado ético sobre cuestiones muy discutidas en Derecho internacional, como por ejemplo la participación en una intervención humanitaria.

3.3 Los criterios determinantes de la decisión en conciencia en el caso concreto

a) Los fundamentos de la formación de la decisión

La conciencia resulta ser un fenómeno espiritual, en último extremo metajurídico[24], y por ello las decisiones en conciencia son realmente difíciles de medir con criterios objetivos o al menos susceptibles de ser compartidos intersubjetivamente. La concepción que de sí mismo tiene el titular del derecho fundamental desempeña un importante papel, porque lo que realmente pretende el derecho fundamental también se decide en lo esencial en la acción de ese mismo sujeto[25]. A la vista de la "multiplicidad de formaciones personalísimas de criterio ético"[26] el Tribunal Constitucional ha optado por un principio formal de definición. Decisión en conciencia es "aquella decisión seriamente moral (esto es, orientada conforme a las categorías de lo bueno y lo malo) que el individuo en una situación determinada experimenta como vinculante para sí e incondicionalmente obligatoria en su interior, de modo que no podría actuar en contra de ella sin forzar seriamente su conciencia"[27]. Del mismo modo, el Tribunal contencioso-administrativo coloca en este caso la seriedad, profundidad e imperatividad de la decisión en conciencia del militar en el centro de su argumentación y se remite a su cuidadoso proceso de decisión, al asesoramiento jurídico que buscó en vano, al consejo que pidió al capellán militar. Igualmente subraya el Tribunal que nada depende de la "verdad" y "justicia" de la decisión.

b) La relevancia de la conformidad a Derecho internacional de la guerra de Irak para la decisión en conciencia

En sorprendente contradicción con las premisas desarrolladas hasta ahora aparece a continuación un monumental «obiter dictum»que analiza con toda amplitud la conformidad de la guerra de Irak con el Derecho internacional. No habría hecho falta para comprobar la seriedad de la decisión en conciencia. Más bien, hubiera sido suficiente con hacer referencia a las severas reservas que el proceder de los Estados Unidos y de sus aliados planteaba desde el punto de vista del Derecho internacional, que se debatían incluso en los medios de comunicación. Tales reservas habrían causado inseguridad en el recurrente y le habrían conducido a una situación extrema de conciencia. Las exhaustivas apreciaciones de la sala, de naturaleza muy específicamente jurídica, no tuvieron influencia alguna en el proceso por el que formó su decisión el recurrente, un lego

---

[23] H. BETHGE, cit. en n. 15, número marginal 17.

[24] Ibidem, número marginal 3.

[25] P. HÄBERLE, Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3.ª ed. 1983, p. 362.

[26] M. MORLOK, cit. en n. 15, número marginal 82.

[27] BVerfGE 12, 45 (55) y jurisprudencia constante.

en Derecho que, como explícitamente señala la sentencia, no tuvo un asesoramiento jurídico satisfactorio. Que la guerra de Irak fuera o no realmente contraria al Derecho internacional carece además de relevancia para la decisión en conciencia. Lo decisivo es sólo que el sujeto que obra en conciencia pudiera considerarla con suficiente versosimilitud como cuestionable desde los puntos de vista ético y jurídico.

¿Por qué, pues, todo el dispendio argumentativo? La sala utiliza el caso concreto como foro público para una toma de posición en términos de principio en el tema de la guerra de Irak. No repetiremos aquí las consideraciones particulares de Derecho internacional que se formulan especialmente contra la doctrina del ataque preventivo[28]. Reflejan el estado de la discusión actual en la doctrina del Derecho internacional y merecen apoyo en muchos aspectos, además de resultar completamente convincentes desde el punto de vista del resultado alcanzado. Sin embargo, el Tribunal habría tenido buenos motivos para eludir la pregunta sobre la obligatoriedad de la orden en función de su calificación como infracción de las normas del Derecho internacional (por ejemplo del cuarto principio recogido en el art. 2 de la Carta de las Naciones Unidas), del art. 25 de la Ley Fundamental o incluso del 26. Sin una completa recopilación de pruebas y una valoración del material obtenido la sala nunca habría podido llegar a una sentencia de tal alcance. Además, pese a la exhaustividad de las consideraciones contenidas en la sentencia, no son tenidas suficientemente en cuenta algunas justificaciones que al menos han sido propuestas por prestigiosos internacionalistas (por ejemplo sobre la "intervención democrática" o sobre una concepción completamente nueva de la prohibición del uso de la fuerza y del concepto de soberanía)[29]. En especial la literatura extranjera, por ejemplo la norteamericana, habría debido ser valorada con detalle en una cuestión de Derecho internacional tan discutida como ésta[30]. Aunque este superfluo juicio incidental no puede ser considerado, ni lo pretende, como una expresión vinculante del aforismo "Leipzig locuta", los déficits constatados, tanto metodológicos como de contenido, arrojan algunas sombras sobre la decisión.

c) La disconformidad a Derecho (internacional o constitucional) de la participación de la República Federal en la guerra de Irak en el contexto de la concreta decisión en conciencia

Después de haber asumido incidentalmente que la guerra de Irak infringe el Derecho internacional, la sala deriva del Derecho internacional y del Derecho constitucional graves reparos contra las medidas de apoyo prestadas por la República Federal (garantía del derecho a sobrevolar territorio alemán, utilización de las instalaciones situadas en Alemania, protección de dichas instalaciones, vigilancia del espacio aéreo turco por soldados alemanes a bordo de aviones AWACS). La valoración jurídica a partir en especial de los arts. 25 y 26 de la Ley Fundamental es de nuevo incidental, resulta por los motivos ya antes indicados tan poco necesaria como las explicaciones anteriores sobre cuestiones jurídico-internacionales, y su orientación no está exenta

[28] Véase al respecto, entre la abundante bibliografía, D. BLUMENWITZ, "Die völkerrechtlichen Aspekte des Irak-Konflikts", ZfP 50 (2003), pp. 301 ss.; M. BOTHE, "Der Irak-Krieg und das Völkerrechtliche Gewaltverbot", AVR 41 (2003), pp. 255 ss.; R. FALK, "What Future for the UN Charter System of War Prevention", AJIL 97 (2003), pp. 590 ss.; T. FRANCK, "What Happens Now", AJIL 97 (2003), pp. 607 ss.; D. MURSWIEK, "Die amerikanische Präventivkriegsstrategie und das Völkerrecht", NJW 2003, pp. 1014 ss.; G. SEIDEL, "Quo vadis Völkerrecht?", AVR 41 (2003), pp. 449 ss.; R. STREINZ, "Wo steht das Gewaltverbot heute?", JöR 52 (2004), pp. 291 ss.; M. KOTZUR, "Die Weltgemeinschaft im Ausnahmezustand?", AVR 42 (2004), pp. 353 ss., 374 ss.; Th. BREITWIESER, "Vorweggenommene Selbstverteidigung und das Völkerrecht", NZWehrr (47) 2005, pp. 45 ss.

[29] Cfr. por ejemplo R. STREINZ, cit. en n. 27; J. KOKOTT, "Souveräne Gleichheit und Demokratie im Völkerrecht", ZaöRV 64 (2004), pp. 517 ss.; sobre la prohibición del uso de la fuerza también M. HERDEGEN, Völkerrecht, 4.ª ed. 2005.

[30] Una primera referencia a ella por ejemplo en M. BOTHE, "Friedenssicherung und Kriegsrecht", en W. GRAF VITZTHUM (ed.), Völkerrecht, 3.ª ed. 2004, 8.ª Sección, número marginal 19, notas a pie de página 63 y ss.

de objeciones. Qué obligaciones resultan para Alemania del Tratado de la OTAN, del Estatuto de las tropas de la OTAN, etc., exigiría un análisis más diferenciado. Ciertamente no pueden derivarse de tratados internacionales obligaciones de apoyar acciones contrarias al Derecho internacional. Pero, aún asumiendo que la guerra de Irak infringe el Derecho internacional, deberían comprobarse con mayor precisión de un lado la relación de causalidad de las medidas de apoyo, de otro las singulares obligaciones jurídicas de apoyo. Cadenas de causalidad trazadas de modo completamente irreflexivo sin haberse ocupado intensamente de las muy específicas obligaciones jurídico-internacionales y jurídicos-constitucionales que concurren en el caso concreto puede conducir a resultados irracionales. Sirva como ilustración un ejemplo extremo: aceptemos que una base militar de los Estados Unidos en Alemania se usa para volar hacia el territorio de la guerra o para fines parecidos. Si esa base está amenazada por una manifestación violenta, ¿qué medidas estaría autorizada a tomar Alemania para garantizar la seguridad de la instalación sin que le fuera imputada la participación en la guerra de agresión? ¿No estaría igualmente obligada (atendiendo a la dimensión de deber de protección de los derechos fundamentales y de los derechos humanos protegidos por el derecho internacional) a proteger efectivamente a los soldados amercianos estacionados en Alemania?

Aún más reparos suscita que la Sala sobreentienda que podríamos estar ante una guerra de agresión contraria al Derecho internacional. Un veredicto de tanto alcance, único hasta ahora en la historia de la República Federal, no debe emitirse sin un completo análisis de todos los argumentos aportados por la doctrina del Derecho internacional – ni siquera como "simple"«obiter dictum». Acertadamente se remite el Tribunal a la definición de agresión dada por la Asamblea General de la ONU el 14 de Diciembre de 1974 (Res. 3314 IX), entiende que el término "guerra de agresión" está acuñado por el Derecho internacional y reconoce en la prohibición universal del uso de la fuerza enunciado en el principio n.º 4 del art. 2 de la Carta de las Naciones Unidas el punto de apoyo adecuado para el análisis[31]. Pero resulta muy discutido, justamente a la vista de los últimos desarrollos, que toda agresión contraria al Derecho internacional, que infrinja el art. 2 n.º 4 de la Carta de las Naciones Unidas, deba calificarse como guerra de agresión. Cabe aludir por ejemplo a la intervención humanitaria sin acuerdo del Consejo de Seguridad, que algunos valoran como inequívoca infracción de la prohibición del uso de la fuerza, otros como impuesta por los derechos humanos[32]. Merecen aquí consideración argumentos que, en conexión con los delitos de agresión, proceden del art. 5.1, letra d), del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Para que se dé el supuesto de hecho de una guerra de agresión no sería suficiente una simple infracción del n.º 4 del art. 2 de la Carta de las Naciones Unidas, además debería concurrir un elemento agresivo adicional, por ejemplo la intención de someter duraderamente al Estado atacado o de disponer sobre su territorio[33]. Si la sala hubiera tenido que tomar posición sobre la cuestión de la guerra de agresión, habría necesitado confrontarse de modo mucho más intenso con esta cuestión. Pero ni tal toma de posición era necesaria, ni se asume la carga de argumentar sobre ello con el detalle exigible.

---

[31] Sobre este ámbito de problemas F. MÜLLER, Die Pönalisierung des Angriffskrieges im Grundgesetz und dem Strafgesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland, Dissertation en Heidelberg 1970; K. DOEHRING, "Das Friedensgebot des Grundgesetzes", en ISENSEE/KIRCHHOF, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 1992, parágrafo 178; para una definición de la guerra de agresión cfr. I. PERNICE en H. DREIER (ed.), GG-Kommentar, Bd. II, 1998, Art. 26 número marginal 17; K.-A. HERNEKAMP en I. v. MÜNCJ/Ph. KUNIG (ed.), Grundgesetz, Bd. II, 5.ª ed. 2001, Art. 26 número marginal 23.

[32] Sobre los criterios doctrinales tras la guerra de Kosovo véase por ejemplo M. WELLHAUSEN, Humanitäre Intervention, 2002.

[33] Cfr. M. E. KURTH, "Der Angriffskrieg und seine völkerrechtliche Bewertung", NZWehrr 2005, pp. 59 ss.; G. WERLE, Völkerstrafrecht, 2003, número marginal 1159, con referencias adicionales.

d) La cuestión de la causalidad

Con razón subraya la Sala[34] que para la decisión en conciencia resulta irrelevante que el proyecto SASPF supusiera, en realidad, una colaboración causalmente verificable con el apoyo a la guerra de Irak; es suficiente con que exista una posibilidad digna de ser tenida en cuenta. Mas para que tal posibilidad sea en efecto digna de ser tenida en cuenta no puede bastar con que se trate de cualquier contribución más o menos accidental, más bien dependerá de su cualidad y su trascendencia. En caso contrario cabría pensar en ejemplos extremos. Dado que el ejército federal se financia con impuestos, y sin duda también las concretas medidas de apoyo a los Estados Unidos de América y sus aliados son financiadas mediante impuestos, ¿no habrían podido alegar cualquier ciudadana o cualquier ciudadano el derecho a negarse a pagar parte de sus impuestos amparándose en su conciencia? Pues bien, sigue siendo dudoso que el proyecto SASPF posibilite un crecimiento de cualidad y transcendencia suficientemente significativas de la "interoperabilidad" del ejército federal con los Estados Unidos de América, la OTAN y la Unión Europea.

3.4 Límites de la libertad de conciencia

La decisión merece acogida favorable cuando reconoce al recurrente el derecho a la libertad de conciencia y valora su decisión en conciencia como digna de ser tomada en serio. Como se ha expuesto, no habrían hecho falta para ello tan amplias consideraciones incidentales. A cambio, hubieran debido merecer aún más atención los límites de la libertad de conciencia. Porque ésta está garantizada sin reservas, pero no sin límites[35]. La Sala contempla críticamente la decisión del Tribunal Constitucional conforme a la cual la capacidad funcional del ejército federal tendría rango constitucional (cfr. arts. 12a, 65a, 73 n.º. 1, 87a y 115a y siguientes de la Ley Fundamental)[36]. Pero esta capacidad funcional del ejército federal no es un fin en sí mismo, sino que a su vez sirve al fin estatal de la procura de la seguridad[37] y, con ello, a un bien de rango constitucional, que encuentra eco por ejemplo, y no en último extremo, en el deber de protección que se deriva como nueva dimensión de los derechos fundamentales (entre otros, de los arts. 1.1 o 2.2 de la Ley Fundamental). Todo ello debe ser valorado en un amplio proceso de ponderación, debe lograrse la "concordancia práctica" (K. Hesse) de los bienes constitucionales en conflicto. Aquí subraya el Tribunal Contencioso-Administrativo federal, de un lado, que al militar debiera habérsele ofrecido una alternativa capaz de satisfacer a su conciencia[38], pero también señala que los motivos de conciencia no deben plantearse de modo intempestivo, puesto que la alternativa depende en gran medida de las posibilidades que estén abiertas en las circunstancias concretas. Resultan por ello infundados los temores de algunos críticos de la sentencia, para los que una objeción de conciencia repentinamente planteada durante una acción armada podría afectar de modo inadmisible a la capacidad de acción de la fuerza militar. De momento, la caja de Pandora permanece cerrada.

---

[34] P. 71 de la sentencia.

[35] Así lo expresa el Tribunal Constitucional con referencia a la libertad religiosa en BVerfGE 30, 173 (pp. 191 y 193).

[36] BVerfGE 69, 1 (p. 57 y ss.) en términos generales Ch. GRAMM, "Die Aufgaben der Bundeswehr in den Grenzen der Verfassung", NZWehrr 47 (2005), pp. 133 ss.

[37] Sobre los fines básicos del Estado como límites de la libertad de conciencia E.-W. BÖCKENFÖRDE, cit. en n. 15; la procura de la seguridad como fin del Estado es considerada por K.-P. SOMMERMANN, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997.

[38] En favor de ello aboga también el deber de velar por los subordinados que deriva del art 10. 3 SG, véase además p. 115 de la sentencia.

4. CONSIDERACIÓN FINAL SOBRE EL ESTILO DE LA SENTENCIA

El estilo de una sentencia puede ofrecer una rica información sobre sus intenciones[39]. La Sala aquí oscila, de manera ciertamente atípica para el Tribunal Contencioso-Administrativo federal, entre la sobriedad objetiva y el pathos inflamado del apóstol. Quiere despertar emociones, por ejemplo con el muy desarrollado y extraordinariamente positivo retrato de la personalidad del militar recurrente[40]:

"El militar tiene una personalidad profundamente marcada por su entorno cristiano-católico, no se decide fácilmente a dar pasos capaces de tener graves consecuencias (...). Como repetidamente se dice también en las valoraciones oficiales que en el pasado se han emitido sobre él, se caracteriza tanto por un fuerte sentido de la justicia como por un extraordinario sentido del deber y de la responsabilidad, sin por ello caer en el peligro de la hipermoralización, menos aún del fanatismo. Por ello resulta, cuando a su juicio es necesario y exigido, incómodo y perseverante incluso frente a las más fuertes exigencias y los mayores obstáculos. Sorprende su tenaz y a todas luces exitoso empeño en mantener una conducta veraz y recta. Rechaza abiertamente el oportunismo y la adulación".

También entrelíneas puede escucharse un eco más o menos sublime, incluso desde el punto de vista político, cuando por ejemplo se dice sobre el militar[41]: "de este modo se enfrenta explícitamente, entre otras cosas, a la pretensión del Presidente de los Estados Unidos, de que Dios personalmente le había encargado a él, el Presidente de los Estados Unidos, emprender la guerra contra Irak. Profundamente irritado por esta arrogancia – el militar lo percibía así –, insistía en que su Dios, el del soldado, era otro distinto". Los fundamentos jurídicos de la sentencia recogen incluso el texto de una oración por la paz a la que el recurrente hace referenciaia[42] para cimentar la seriedad de su conflicto de conciencia. La fundamentación de la sentencia desborda así completamente sus límites naturales. No queda libre de la sospecha de haber mezclado la voluntad política con el deber ser jurídico, la ratio de la decisión con la emotio de quienes decidían. Ello debilita su fuerza de convicción incluso en los aspectos que merecen aprobación. Ciertamente debe tributarse respeto a la claridad con la que la Sala ha hecho público su prejuicio («Vorverständnis») y ha tomado posición sobre la guerra de Irak. La virtud del "judicial self-restraint", sin embargo, ha quedado olvidada entre tanto fervor.

---

[39] H. KÖTZ, Über den Stil höchstrichterlicher Entscheidungen, 1973; P. KIRCHHOF, Die Bestimmtheit und Offenheit der Rechtssprache, 1987; en fechas muy recientes cfr. las intervenciones del Primer Coloquio Investigador de la "Fundación Peter Häberle de la Universidad de St. Gallen" sobre los temas "Recht – Urteil – Sprache: Aus kulturwissenschaftlicher Sicht" (U. LANDFESTER), "Recht – Urteil – Sprache: Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht" (M.. MORLOK), "Begründungen höchstrichterlicher Grundsatzentscheidungen aus rechtsvergleichender Perspektive" (Lord L. HOFFMANN de la Cámara de los Lores, W. WALTER por parte del Tribunal Federal Suizo, L. WILDHABER desde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos). La publicación de las actas de las jornadas está prevista para 2006.

[40] Pp. 103 y s.

[41] Pp. 102 y ss.

[42] P. 103.

Do Direito Constitucional

Fidelidade partidária: instrumento edificador de novas perspectivas constitucionais

Alceu José Cicco Filho*

Foi basicamente em sede de Mandado de Segurança que a tormenta começou. As engrenagens que movem o ciclo histórico do poder público iniciaram um movimento frenético anunciando o presságio de uma grande metamorfose institucional: a rediscussão da Fidelidade Partidária.

Quiçá por até o final da década de 1960 haver um número ínfimo de parlamentares almejando a troca de partido, o fato é que nem a Constituição do Império, tampouco as Constituições da República de 1891, 1934, 1937 e 1946 pensaram na possibilidade de instituir a fidelidade partidária como elemento constitucional.

Contudo, foi com o advento da Carta de 1967 em seu artigo 149, inciso V, que o brilho da inovação revelou a disciplina partidária, mas tão-somente com a Emenda Constitucional n. 1 de 1969 ousou-se falar em *status* constitucional ao instituto da fidelidade partidária:

Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembléias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitude ou pelo voto se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito.

Posteriormente, a Emenda Constitucional n. 11 à Carta Política de 1967 trouxe em seus dispositivos uma visão menos extremista e mais samaritana sobre a indisciplina partidária, dispondo uma breve exceção à perda do mandato, isto é, tal fato não se aperfeiçoaria se a saída do parlamentar se desse para participar como fundador na constituição de novo Partido. A História nos traduz que um dos maiores exemplos dessa ressalva constitucional foi o Senador Tancredo Neves, bem como o Deputado Magalhães Pinto, constituindo o então Partido Popular.

Em 1985 uma nova Emenda à Constituição de 1967 subtraiu do texto constitucional a fidelidade partidária em sua plenitude, ressurgindo, sem embargo, no § 1º do art. 17 da atual Carta Magna:

É assegurado aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidária.

É, portanto, com o advento desse dispositivo que surge toda a discussão acerca da temática que ora se propõe a analisar. Não há qualquer previsão a respeito de sanções, como a perda de mandato, para aqueles que violam, deturpam e não simpatizam com os princípios doutrinários, com o programa do partido ou às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção da agremiação sob cuja legenda o agente político se elegeu. Como conseqüência, o resultado é a diminuição ou até mesmo a quebra da legitimidade e o afastamento da soberania popular, inviabilizando a construção de critérios que busquem aferir uma compatibilidade entre os interesses dos eleitores e os defendidos no Congresso brasileiro.

Deste modo, tendo em vista as transformações ocorridas na sociedade contemporânea, bem como as recentes manifestações do TSE e STF sobre o tema em tela, quais são as perspectivas constitucionais para a Fidelidade Partidária nos próximos anos? Seria o amanhã ainda incerto se houvesse mecanismos capazes de barrar este intercambio eloqüente de parlamentares? Ademais,

* Pesquisador bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq

como alcançar a mutação constitucional almejada sem ofender o pluralismo político, princípio este norteador de todo o regramento constitucional?

A priori, faz-se necessário explanar, de forma sucinta, alguns dos princípios basilares do sistema representativo brasileiro. A Constituição Federal consagra em seu art. 1º, parágrafo único, que o poder provém do povo, exercendo-o ora de forma indireta, por meio de seus representantes, ora de forma direta, quando há a utilização dos mecanismos de participação popular elencados no art. 14 e respectivos incisos da Lei Maior.

Esse atual estágio evolutivo foi marcado por um longo processo de mutação institucional constante do crescimento social, do fervilhar das idéias políticas e não menos importante do aprimoramento de conceitos que com o passar dos anos tornaram-se obsoletos, desencadeando a necessidade, por parte das grandes democracias contemporâneas, de outorgar ao parlamentar um mandato com o escopo de espelhar no Congresso os interesses e clamores emanados do seio da coletividade. Um regime representativo, portanto, é aquele em que "os governantes ou parte deles exercem seu mandato não em virtude de um direito próprio, mas em razão de sua qualidade de representantes"[1] ou, nos dizeres de Friedrich Glum, quando os fins transcendem os interesses individuais.

Nessa acepção é que Carl Schmitt afirma que não há Estado sem representação, já que nenhum Estado existe sem forma estatal. Conforme seu raciocínio, perante uma soberania haverá sempre agentes aptos a dizer *L`État c`est nous*, ou seja, nós somos o Estado.

A representação supramencionada é exercida por intermédio do mandato eletivo, sendo imperioso esclarecer preliminarmente a grande discussão doutrinária acerca de sua natureza jurídica, ou seja, se facultativo ou imperativo. Ensina J. Nepomuceno Silva que no mandato facultativo o agente pode atuar em consonância com suas convicções, cabendo-lhe a escolha dos meios para o bom cumprimento ou execução de suas atribuições, ao passo que no mandato imperativo é o mandante que delimita a forma, os meios, como também os modos da execução e do cumprimento do mandato.[2]

O mandato facultativo, inserido primeiramente na Constituição francesa em 1791, ganhou em Sieyès seu fundamento, vez que suas teses patrocinam a liberdade e autonomia do representante no exercício da função pública. Deputados seriam representantes de toda a coletividade a contrário *sensu* da representação local, pontual de alguns setores da polis, assim tem-se que "Os representantes não serão representantes de cada Departamento, mas de toda a Nação, não podendo nenhum Departamento conferir qualquer mandato" [3]. Nessa acepção, Bobbio afirma que "o representante, uma vez eleito, rescinde a relação de mandato, no sentido técnico da palavra, com o eleitor, e deve ocupar-se dos assuntos gerais do país, donde, por conseguinte, não pode ser revogado por não ter executado as 'instruções' daqueles que o elegeram" (BOBBIO, 2000, p. 462).

A História narra que a presença do mandato imperativo, em um primeiro momento, serviu de esboço para se firmar renovados conceitos, novos dogmas e paradigmas, mas que com a nítida evolução social, o mandato imperativo se esvaiu dando lugar cada vez mais ao mandato facultativo, preponderando a total independência do representante no exercício de suas atribuições. Todavia, o que se nota, face às incessantes transformações político-sociais, é um novo e redefinido período de transição, tempo em que essa nova trajetória se apresenta como fato

---

1 MEIRELLES TEIXEIRA, J.H. **Curso de Direito Constitucional**. S. Paulo: Forense Universitária, 1991. P. 487.

2 SILVA, J. Nepomuceno. **A Importância do Instituto da Fidelidade Partidária na Reforma Política Brasileira**, IN Revista do Instituto de Advogados de Minas Gerais, nº.11 Jan./Dez. 2005. P. 31.

3 CONSTITUIÇÃO FRANCESA. Titulo III, cap. I, seção III, art. 7º.

modificativo, anunciando o presságio que nas palavras de Paulo Bonavides se traduz no retorno ao mandato imperativo:

As tendências contemporâneas da sociedade de massas se inclinam a cercear as faculdades do representante, jungi-las a organizações partidárias e profissionais ou aos grupos de interesses e fazer o mandato cada vez mais imperativo. Essas tendências têm apoio teórico nos fundamentos da representação concebida segundo a regra da "identidade", que em boa lógica retira ao representante todo o poder próprio de intervenção política animada pelos estímulos de sua vontade autônoma e o acorrenta sem remédio à vontade dos governados, escravizando-o por inteiro a um escrúpulo de 'fidelidade' ao mandante. É a vontade deste que ele em primeiro lugar se acha no dever de 'reproduzir', como se fora fita magnética ou simples folha de papel carbono.[4]

A soberania brasileira, até recente manifestação do Supremo Tribunal Federal, possuía nitidamente como tradição político-constitucional o mandato facultativo ou livre, pois em sendo o voto cada vez mais pessoal que partidário, torna-se fácil testemunhar além do descumprimento das instruções do partido pelo representante, a incessante troca da agremiação partidária. Em Portugal, entretanto, a realidade política é diversa.

Nas terras de Vera Cruz, onde a governabilidade tem ocorrido graças a coalizões devido ao baixo índice da bancada governista, é de extrema importância, para que haja a estabilidade institucional, que os membros alcançados por um determinado partido quando do processo eleitoral sejam mantidos no decorrer da legislatura. Logo, a troca de partidos não somente sujeita o candidato à censura e demissão, mas, nessa conjuntura, imobiliza-o, comprometendo o funcionamento de todo o sistema semi-presidencialista.[5]

No Brasil, entretanto, até recentemente a cultura era radicalmente distinta das Terras Lusitanas. Inúmeros foram os acórdãos proferidos pelo STF e TSE[6] no sentido de que a infidelidade partidária não era pressuposto válido para desencadear conseqüências gravosas como a perda do mandato. Corroborando com esse raciocínio, o TSE, em 1989, proferiu a decisão 10.998 em que sua ementa diz "Situação do filiado eleito por partido e que posteriormente cancela essa filiação. Manutenção do mandato". Mais adiante, em 1994, a mesma corte no processo 11/93 consagrou no seu *hall* de jurisprudências o entendimento segundo o qual "Suplente de Vereador que, eleito por um partido, deseja se filiar a outro, não ocorrerá a perda da vaga adquirida por meio da legenda anterior. Não há mais perda do mandato representativo por ato de infidelidade partidária no sistema constitucional de 1988".

A partir deste entendimento, é possível desprender que a Carta Política de 1988 não recepcionou os dispositivos das Constituições anteriores que previam, de algum modo, sanções àqueles que migrassem de partidos após a eleição, distanciando-se, pois, da agremiação partidária a qual pertenceu quando do período pré-eleitoral. Entretanto, limitou-se por assegurar aos partidos políticos a autonomia necessária para legislarem acerca da instituição de normas de fidelidade e disciplina partidárias em seus estatutos.[7]

---

4 BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 218.

5 LOPES, Maurício Caldas. **Algumas Reflexões sobre a fidelidade partidária**. In Fórum Administrativo. Ano 7, nº. 78, 2007, P. 28.

6 No mesmo sentido, TSE processo nº. 8.535 em 3/4/1990; Recurso contra Diplomação nº. 3.090 em 20/09/1997; Mandado de Segurança nº. 356/99 em 30/11/1999.

7 O Estatuto dos Democratas, em seu art. 96, prevê que "Os filiados, especialmente os membros de órgãos partidários, mediante a apuração em processo regular em que lhes seja garantida ampla defesa, ficarão sujeitos às medidas disciplinares, quando ficar provado que são responsáveis por: a) infração de dispositivos do Programa, do Estatuto, do Código de Ética, ou **desobediência à orientação política** fixada pelo órgão competente; b) **desobediência às deliberações e às diretrizes regularmente tomadas em questões de interesse partidário**, inclusive pela Bancada a que pertencer o Senador, o Deputado Federal, o Deputado Estadual ou o Vereador; c) **infidelidade partidária**, nos termos da legislação pertinente e deste Estatuto; **Parágrafo único - O filiado que, eleito pela legenda do Democratas, vier a se desligar do Partido durante o exercício do mandato, cometerá ato de infidelidade partidária e ficará sujeito ao pagamento de multa em valor que será fixado mediante Resolução da Comissão Executiva Nacional. (grifo nosso).**

Cabe mencionar que tampouco se preocupou o Constituinte por estabelecer dispositivos semelhantes àqueles consagrados na Lei nº. 5682/71 relativos à perda do mandato por infidelidade partidária, ocasionando mais que um obscuro vazio sobre a matéria, mas servindo de instrumento estimulador para que o desrespeito e a desatenção à agremiação partidária se perpetuasse sem qualquer resquício de sensibilidade e lealdade à *vox populi*.

Solidário a estes julgados, o STF na década de 90, ousou quando alargou essa compreensão, abarcando também os suplentes dos detentores de mandato:

Em que pese o princípio da representação proporcional e a representação parlamentar federal por intermédio dos partidos políticos, não perde a condição de suplente o candidato diplomado pela Justiça Eleitoral que, posteriormente, desvincula-se do partido ou aliança partidária pelo qual se elegeu.

A inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados se estende, no silêncio da Constituição e da lei, aos respectivos suplentes.[8]

Do mesmo modo, já em 2004, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, asseverou-se no Mandado de Segurança 23.405 que há impossibilidade de perda de mandato parlamentar, no que tange à infidelidade partidária, visto que tal hipótese não está elencada entre as causas de perda de mandato a que alude o art. 55 da Constituição. Assim, utilizando-se de uma interpretação literal perante o arcabouço constitucional, optou-se por consolidar a tese restrita à legalidade. Uma vez ausente dispositivo que versasse acerca da matéria de forma expressa, não caberia uma interpretação extensiva do texto constitucional.

Essa cultura fortemente arraigada, contudo, sofreu repentinamente uma grande mutação, pois de acordo com Cristian Klein "a palavra de ordem que nos anos 60 havia sido revolução e nos anos 80 foi redemocratização, hoje é, cada vez mais, reforma"[9]. Com fulgor e lucidez, o Tribunal Superior Eleitoral exteriorizou em março de 2007 uma grande evolução, um movimento vanguardista que pode ser compreendido no voto do Ministro relator Cesar Asfor Rocha quando da Consulta nº 22.526 formulada pelo Partido da Frente Liberal[10]:

Ora, não há dúvida nenhuma, quer no plano jurídico, quer no plano prático, que o vínculo de um candidato ao Partido pelo qual se registra e disputa uma eleição é o mais forte, se não o único elemento de sua identidade política, podendo ser afirmado que o candidato não existe fora do Partido Político e nenhuma candidatura é possível fora de uma bandeira partidária.

Por conseguinte, parece-me equivocada e mesmo injurídica a suposição de que o mandato político eletivo pertence ao indivíduo eleito, pois isso equivaleria a dizer que ele, o candidato eleito, ter-se-ia tornado senhor e possuidor de uma parcela da soberania popular, não apenas transformando-a em propriedade sua, porém mesmo sobre ela podendo exercer, à moda do exercício de uma prerrogativa privatística, todos os poderes inerentes ao seu domínio, inclusive o de dele dispor.[11]

O entendimento do ministro Cesar Asfor é basicamente o de diferenciar normas de Direito Público e Privado, isto é, apesar da nossa Constituição não abordar a matéria de forma profunda, detalhando com precisão o instituto da fidelidade partidária, aquilo que nela não está previsto conseqüentemente não pode ser realizado. O Estado, portanto, isso entendido também os

---

8 Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 20.927. Relator: Ministro Moreira Alves.

9 KLEIN, Cristian. **O Desafio da Reforma Política – conseqüência dos sistemas eleitorais de lista aberta e fechada**. Rio de Janeiro: Mauad, 2007. P. 15.

10 Tal consulta indagava: "Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?". O Tribunal, por maioria, respondeu positivamente a Consulta, na forma do voto do relator.

11 Serviram como *leading case* STF - MS 20927/DF; STF - MS 23405/GO; STF - ADI-MC 1063/DF.

agentes políticos, deve buscar pautar todas as suas ações em consonância com as matérias previstas no nosso regramento constitucional. Assim:

(...) o raciocínio jurídico segundo o qual o que não é proibido é permitido, somente tem incidência no domínio do Direito Privado, onde as relações são regidas pela denominada licitude implícita, o contrário ocorrendo no domínio do Direito Público, como bem demonstrou o eminente Professor Geraldo Ataliba (Comentários ao CTN, Rio de Janeiro, Forense, 1982), assinalando que, nesse campo, o que não é previsto é proibido.[12]

O objetivo precípuo foi buscar edificar um sistema de rígida disciplina partidária, impondo ao parlamentar a perda do mandato caso venha a se filiar a partido diverso daquele pelo qual se elegeu. Esse raciocínio ganhou ainda mais visibilidade e notoriedade após o recente, mas não tímido julgamento do STF no Mandado de Segurança 26603.

A Suprema Corte, após ter sido convocada a analisar os mandados de segurança impetrados por PSDB, DEM e PPS, buscou desconsiderar não somente todo o entendimento de outrora, mas permitiu, por intermédio da ressurreição da fidelidade partidária, o vislumbramento de um novo amanhã político-constitucional: o resgate da soberania popular e da legitimidade institucional. Os referidos *writs* versavam sobre o mesmo objeto, isto é, buscaram os partidos avocar para si a legitimidade do mandato, preponderando no julgamento da questão o entendimento segundo o qual "a obrigação da filiação partidária significa que a origem da representação popular está indissoluvelmente ligada aos partidos políticos"[13].

Antes desse fato, contudo, ainda no julgamento da Adi 1351 de dezembro de 2006, acerca da Cláusula de Barreira, o Ministro Relator Marco Aurélio sinalizou a favor da fidelidade ao partido, asseverando que: "Surge incongruente assentar a necessidade de o candidato ter, em um primeiro passo, o aval de certo partido e, a seguir eleito, olvidar a agremiação na vida parlamentar. O casamento não é passível desse divórcio" [14]. No mesmo sentido, o ministro Gilmar Mendes explanou que havia "uma imperiosa necessidade de mudança na jurisprudência sobre a fidelidade partidária, porquanto a troca de partido representa uma evidente violação à vontade do eleitor e um falseamento grotesco do modelo de representação popular pela via da democracia de partidos." [15]

Ficaram nítidos, portanto, os caminhos percorridos pelo constitucionalismo brasileiro no que diz respeito à Fidelidade Partidária, nunca sendo em demasia rememorar que somente após vinte anos da promulgação da atual Carta Política brasileira deu-se um posicionamento favorável à rigidez partidária. Falar, portanto, de Fidelidade Partidária não mais faz parte do campo utópico, mas pertence à razão.

Deste modo, após tardia consagração pela Corte Suprema desse entendimento, resta-nos indagar acerca das possíveis conseqüências ocasionadas por ele ao nosso futuro institucional.

É cediço que um dos inúmeros resultados que se alcançará será a grande e esperada aproximação entre partido e representante, em que neste particular a lealdade aos projetos e propostas realizados no período pré-eleitoral será respeitada, compatibilizando o interesse dos eleitores com aqueles defendidos no Parlamento brasileiro. Deste modo, há que se falar em resgatar a legitimidade do sistema.

Outro aspecto a ser considerado é o de que o candidato terá de construir uma história sólida dentro do seu partido e, por sua vez, as agremiações partidárias exigirão posturas cada vez mais éticas, pautadas na disciplina partidária e na rígida obediência aos princípios e programa do

---

[12] Tribunal Superior Eleitoral, Resolução 22.526, Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha.

[13] Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Alberto Direito no Mandado de Segurança nº. 26603 sobre a relatoria do Ministro Celso de Melo.

[14] MATSUURA, Lílian**. Punição aos infiéis.** Em: http://conjur.estadao.com.br/static/text/54222,1

[15] *MATSUURA, Lilian***. Punição aos infiéis.** Em: http://conjur.estadao.com.br/static/text/54222,1

partido pelos seus membros. Essa tese justifica-se, pois tendo em vista que é elemento essencial a filiação ao partido para que haja a candidatura, não pode o agente político furtar-se à responsabilidade de, após eleito, olvidar de todo o compromisso antes firmado perante a agremiação política.

A posteriori, tem-se também o fato do povo buscar refletir com maior cautela e zelo a respeito da ideologia partidária, pois simples será o acompanhamento da história política de um candidato que não troca de partido e segue uma linha definida e concreta. Por derivação, pode-se também inferir que a massa de eleitores gradativamente se tornará politizada, conhecerá detalhadamente cada partido e os interesses que representa.

No entanto, cobrança e participação popular ativa são os resultados superficiais ocasionados com a consolidação da Fidelidade Partidária. O que se espera para o futuro é um avanço imensuravelmente mais arrojado. O novo entendimento do STF, consagrando a Fidelidade Partidária no nosso sistema jurídico, servirá de alicerce para a futura construção e implantação na Carta Magna brasileira do que o Direito Eleitoral americano há muito conhece por *Recall*.

Burdeau entende que a brevidade dos mandatos, o sufrágio universal e a organização da opinião pública são fatores relevantes que incentivam a sociedade rumo ao exercício de um controle efetivo sobre a ação dos representantes, condicionando-os a acolher os anseios, aspirações, tendências e necessidades daqueles que compõem a Polis.[16] Assim, somado àquele hall de mecanismos *pro-societatis* em Burdeau, o *Recall* nasce com basicamente duas funções de destaque: a de reforçar a soberania popular, vigorando-a na medida em que confere ao povo o condão de retirar do Congresso o parlamentar cujas ações vão contra o clamor social e, consequentemente, revela-se como mecanismo legitimador do poder, do "Estado Leviatã".

Nas palavras de Meirelles Teixeira, a instituição do *Recall* como dispositivo integrante do nosso sistema constitucional manifesta-se de maneira imperiosa, pois:

O elemento representativo, que era o 'democrático' ao tempo do absolutismo, é hoje o elemento 'não democrático', na democracia moderna. Frente ao monarca absoluto, o Parlamento aparece como se fosse o povo; frente ao povo, entretanto, na democracia moderna, o Parlamento aparece como a negação da democracia. É por isso que Rousseau já aceitava a representação como 'mal menor', procurando corrigi-la com o mandato imperativo, *o referendum*, etc.[17]

Utilizado na idade moderna na União Norte Americana e Europa, o *Recall*, contudo, apresenta suas origens mais remotas na Grécia e Roma antiga. Como instituto da democracia participativa, é um meio pelo qual possui o eleitor insatisfeito com o seu representante, isto é, infeliz com os resultados por ele obtidos, de extraí-lo da esfera parlamentar. Nesse particular, quando indagada acerca das eleições de 2003 no Estado da Califórnia, onde se deu a destituição por meio do *Recall* do governador do Partido Democrata Davis Gray, Tereza Cruvinel afirmou:

O episódio traz um alento ao futuro da democracia, consolidando o *Recall* como a instituição do arrependimento eleitoral, ao permitir a revogação do mandato de governantes que frustraram seus eleitores por incompetência ou por traição. Ah, se ele chega ao Brasil um dia...[18]

De toda sorte, Nelson de Sousa Sampaio ensina que:

Nos primórdios do regime representativo, que se situam na Idade Média, os eleitos estavam vinculados estreitamente aos eleitores através de instruções, consignadas em cadernos, os *cahiers*

---

[16] APUD GARCIA, Maria. **OS PODERES DO MANDATO E O *RECALL*.** Revista dos Tribunais: São Paulo. Ano 13, JAN/MARC, 2005. P. 34

[17] APUD GARCIA, Maria. **OS PODERES DO MANDATO E O *RECALL*.** Revista dos Tribunais: São Paulo. Ano 13, JAN/MARC, 2005. P. 32.

[18] CRUVINEL, Tereza. Artigo publicado na coluna "Panorama Político" no Jornal "O Globo", do dia 9 de outubro de 2003.

que na França perduraram até a Revolução de 1789. Quando os Deputados mostravam-se infiéis a esse 'mandato imperativo', podiam ser revogados pelos eleitores. Depois de desaparecido o mandato imperativo, com a implantação do sistema representativo moderno, a revogação popular de mandatos reapareceu como instituto de governo semidireto, ou seja, aquele que procura aumentar a participação e o controle do povo sobre os governantes. A primeira forma dessa revogação é a **destituição de todos os membros do Parlamento** pelo eleitorado. Representa uma dissolução popular do Parlamento, sendo conhecida sob o termo alemão de *Abberufungsrecht*. Vemo-lo em alguns Cantões da Suíça, no *Leichtentein*, e em Estados-Membros da Alemanha Federal, onde o instituto já era conhecido desde a República de *Weimar*. A forma de eleição para destituir **titulares individuais** de cargos surgiu na América do Norte com o nome de *Recall* onde existe em diversos dos seus Estados e em grande número de governos locais.

Usado mais freqüentemente para revogar o mandato de legisladores estaduais, governadores, prefeitos e conselheiros municipais, o *Recall*, em alguns Estados-Membros da União norte-americana, também pode ser manejado contra funcionários administrativos e até contra juízes. Na União Soviética e em várias'democracias populares', ele é adotado contra membros dos corpos legislativos. No Brasil, o *Recall* foi previsto na Constituição gaúcha de1891 (art. 39) para deputados estaduais, enquanto a Constituição de Goiás de 1891 (reformada em 1898) o admitiu para 'conselheiros' municipais (art. 27)" [19]

Nesse contexto, determinados sistemas constitucionais, que possuem a democracia semidireta como princípio basilar, instituíram no arcabouço constitucional local mecanismos peculiares de ação efetiva para que o povo – titular do poder Constituinte Originário – tivesse controle sobre as autoridades, concedendo-lhe o condão de por termo ao mandato eletivo do parlamentar, antes, obviamente, do término do respectivo prazo legal. Esse instrumento, no entendimento de Bonavides, vem consubstanciado no chamado direito de revogação, assumindo duas modalidades: o *Recall* e o Abberufungsrecht.

O *Recall*, ao contrário do Abberufungsrecht, é meio de revogação pontual, específico e individual. Confere competência ao eleitorado a destituir agentes políticos cujo comportamento, por diversos motivos, não esteja indo ao encontro das perspectivas dos membros que compõem aquela soberania. Uma determinada proporção da sociedade, em geral a décima parte do corpo de eleitores, elabora uma *petition* incluindo as acusações contra aquele que decaiu da confiança popular, solicitando a sua substituição ou que seja este intimado a fim de que se demita do exercício de seu mandato.

Como dados concretos, doze dos Estados-membros da União americana aplicam o *Recall*, onde há mais ênfase na esfera municipal, aproximadamente adotado em mil municípios, do que na estadual. A Constituição de *Weimar*, em seu artigo 71, do mesmo modo fazia referência à destituição do Presidente do Reich através de votação popular, consagrando-se também na antiga União Soviética o direito de revogação presente no artigo 105 de sua Constituição:

O deputado tem a obrigação de explicar aos eleitores tanto sua atividade como a dos sovietes. O deputado que não se mostre digno da confiança de seus eleitores pode ser privado do mandato a qualquer momento por decisão da maioria dos eleitores, segundo as modalidades previstas pela lei.

Deste raciocínio nota-se a instituição de uma espécie de mandato imperativo dos chamados representantes das classes trabalhadoras. Estes ficavam vinculados a prestar conta aos eleitores acerca de todos os trabalhos prestados, podendo ter o mandato revogado a qualquer momento.

---

[19] SAMPAIO, Nelson de Sousa. **Eleições e Sistemas Eleitorais**. Revista Paraná Eleitoral, nº. 07 1988.

Vale salientar que inúmeros foram os países do antigo Bloco Socialista que seguiram o exemplo da União Soviética, ainda perdurando-o na Constituição Cubana em seu Art. 85[20].

No caso brasileiro, o acolhimento do *Recall* ocorreu com o advento da República, conferindo aos Estados-membros, por meio do princípio federativo, a autonomia necessária para que legislassem no âmbito e nos limites relativos à jurisdição local. Nesta esfera político-constitucional, as antigas Constituições Estaduais goiana, paulista, rio-grandense-do-sul e catarinense inovaram ao incluir em seu bojo um peculiar instrumento de desfazimento individual do mandato político, o *Recall*.

Inaugurando-o e propiciando-lhe status constitucional, a Constituição do Estado de Goiás de 1891, em seu art. 56, assentou: "O mandato legislativo não será obrigatório e o eleitorado poderá cassá-lo, declarando mediante o processo que a lei estabelecer o mandatário carecedor de sua confiança". Do mesmo modo, na Constituição paulista de 1891, em seu art. 6º, § 3º, deputado e senador estadual estariam sob a égide do *Recall*, podendo ser "a qualquer tempo cassado o mandato legislativo, mediante consulta feita ao eleitorado por proposta de um terço dos eleitores, e na qual o representante não obtivesse a seu favor metade e mais um, pelo menos, dos sufrágios com que houvesse sido eleito".

Todavia, apesar de haver previsão nas Constituições Estaduais dos referidos Estados acerca desse mecanismo de destituição pontual do mandato eletivo, unicamente São Paulo e Rio Grande do Sul deflagraram processo legislativo com o objetivo de regulamentar a revogação do mandato parlamentar pelo eleitor, reafirmando com uma veemência arrebatadora que ao povo cabe a condução da coisa pública. Deste modo, tanto o Decreto nº. 20 de 1892, editado pelo vice-governador de São Paulo, José Alves de Cerqueira Cezar, como a Lei nº. 18, de janeiro de 1897, promulgada pelo governador do Estado do Rio Grande do Sul, Júlio Prates de Castilhos, preocuparam-se por disciplinar, de forma detalhada e precisa, os mecanismos, como também os procedimentos necessários à legitimação da revogação do mandato político[21].

Seguindo esse esboço histórico, o *Recall* vigorou no Texto Constitucional do Estado de São Paulo por inequívocos quinze anos, ao ser objeto de revogação pelo Poder Constituinte Revisional que se manifestava a cada década. De toda sorte, no Rio Grande do Sul o Instituto do *Recall* até os grandes acontecimentos políticos de 1930 manteve sua eficácia ativa, quando, legitimado pelo Povo e pelas Forças Armadas, Getúlio Vargas avocou a hegemonia política, estabeleceu as bases do Governo Provisório, ocasionando a dissolução do Congresso Nacional e de todas as Casas Legislativas dos Estados e dos Municípios, não passando mais a prever a anulação do mandato parlamentar mediante *Recall* nos diplomas constitucionais.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, precedendo um exaltado período de crise político-social em que se visualizava a instabilidade das instituições e o clamor social reinvindicando novas eleições por meio do voto secreto e direto, instrumentalizou-se a redemocratização do Brasil, assegurando sua manutenção e garantindo o pleno exercício dos direitos sociais e individuais, o amplo acesso ao desenvolvimento e à justiça, assim elevados a nível constitucional como valores supremos da federação.

---

[20] A Constituição Cubana, em seu art. 84, assevera que "Los diputados a la Asamblea Nacional del Poder Popular tienen el deber de desarrollar sus labores en beneficio de los intereses del pueblo, mantener contacto con sus electores, oír sus planteamientos, sugerencias y criticas, y explicarles la política del Estado. Asimismo, rendirán cuenta del cumplimiento de sus funciones, según lo establecido en la ley." Posteriormente, consubstanciado no Artículo 85 "A los diputados a la Asamblea Nacional del Poder Popular les puede ser revocado su mandato en cualquier momento, en la forma, por las causas y según los procedimientos establecidos en la ley."

[21] Em ambos os Estados a manifestação do Legislador em regulamentar a revogação do mandato ostenta a mesma estrutura de elaboração legal e, *mutatis mutandis*, uma grande similitude redacional. As diferenças, entretanto, no que se refere ao disciplinamento do *Recall* no Estado de São Paulo e Rio Grande do Sul podem ser sublinhadas: a) o paulista podia ser deflagrado por um terço do eleitorado do Estado, enquanto o gaúcho pela quarta parte do eleitorado do respectivo distrito; b) a consulta para revogação do mandato parlamentar paulista abrangia todos os eleitores do Estado; e a consulta rio-grandense-do-sul era feita no distrito eleitoral por onde tivesse sido eleito o parlamentar. Não obstante, em ambos os casos, o representante perderia o mandato se não obtivesse em seu favor metade e mais um, pelo menos, dos votos com que foi eleito.

Entretanto, esses fundamentos constitucionais têm encontrado obstáculos em demonstrar sua emancipação para além do Texto Constitucional na medida em que se vivencia, de forma rotineira e usual, uma série de escândalos na seara política, desordens que não somente vão contra a ética e a boa conduta, mas que também violam, infligem e transgridem a opinião pública, dilaceram o voto do eleitor e encarceram a soberania popular.

Nesse contexto, reveste-se de essencialidade o readvento do *Recall* a fim de cada vez mais se aperfeiçoar o Estado Democrático de Direito e na mesma proporção impulsionar a consciência cidadã dos membros que integram a Polis, tornando-os protagonistas, sujeitos ativos nesse processo de metamorfose institucional, delineando outros paradigmas e construindo novos princípios políticos.

Logo, a consagração da fidelidade partidária e a perspectiva de por intermédio dela criarem-se novos meios de participação direta no arcabouço constitucional pátrio, sobretudo o *Recall*, são vestígios que em um futuro próximo se propagarão, trazendo *a lume* uma completa modificação dos preceitos que regem a natureza do mandato político "dando-lhe uma feição imperativa, na medida em que o representante está vinculado, pelo princípio da fidelidade, ao cumprimento de programas e diretrizes de sua agremiação, deixando o exercício do mandato de ser abstrato em relação ao povo para tornar-se mais concreto em função de vínculos partidários que interligam mandante e mandatário" [22].

Como conseqüência desse processo evolutivo, o propósito de submeter aos eleitores, por intermédio do *Recall*, o comportamento faltoso dos eleitos, é um progresso que deve ser com cautela examinado, seguido não somente de uma discussão madura e racional sobre o tema, mas igualmente precedido de regras bem definidas na legislação, evitando a banalidade. Em vista disso, o instituto deve permitir que o eleitor reexamine seu voto não só em relação à atitude do representante no desempenho do mandato, mas também pelo seu comportamento ético e moral com gravame no decoro parlamentar, sem nenhum sentimento à agremiação política.

Em suma, após a recente interpretação do STF nos Mandados de Segurança nº. 26602 (PPS), 26603 (PSDB) e 26604 (DEM), sinalizando a favor da fidelidade partidária, sem dúvida há que se pensar nas diversas dimensões que emergem e reforçam a necessidade de se implantar *ad futurum* novos mecanismos de participação popular, mormente o *Recall,* no hall dos instrumentos da democracia direta presentes na Constituição Federal. Em um meio onde as diferenças entre classes cada vez mais se afirmam, onde o acesso a direitos mínimos e básicos é obstaculizado e a *vox populi* igualmente ignorada e negada, onde impera a impunidade e o desrespeito à legalidade constituída, faz-se necessário conferir ao povo o justo e necessário poder de acompanhar de forma ativa e efetiva o progresso de seus representantes em demonstrar no Congresso a voz e o clamor da sociedade, podendo, inclusive, impor sanções caso a representação não esteja indo ao encontro do compromisso firmado no período pré-eleitoral, carecendo de lealdade e decrescendo a legitimidade que deve ser plena e perpétua no exercício da função pública.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

ANASTASIA, Fátima. **Reforma Política no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CRUVINEL, Tereza. Coluna "Panorama Político" no Jornal "O Globo", do dia 9 de outubro de 2003.

[22] DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. S. Paulo: Malheiros, 2003. P. 408

CAMPILONGO, Celso Ferdandes. **Representação Política**. Ática: São Paulo: 1988.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. S. Paulo: Malheiros, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

FLEISCHER, David. **Análise Política das Perspectivas da Reforma Política no Brasil, 2005-2006**. In Cadernos Adenauer. Ano 6, nº. 2, 2005.

_____. Reforma Política no Brasil: **Uma História sem Fim**. In Revista do Curso de Direito AEUDF. Ano 5, nº. 1, Jan/jun. 2004.

GARCIA, Maria. **Os Poderes do Mandato e o *Recall***. In Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 13, nº. 51, Jan/Mar. 2005.

KLEIN, Cristian. **O Desafio da Reforma Política – conseqüência dos sistemas eleitorais de lista aberta e fechada**. Rio de Janeiro: Mauad, 2007.

LOPES, Maurício Caldas. **Algumas Reflexões Sobre A Fidelidade Partidária**. In Fórum Administrativo. Ano 7, nº. 78, 2007.

MATSUURA, Lílian**. Punição aos Infiéis.** Disponível em: http://conjur.estadao.com.br/static/text/54222,1. Acesso em: 15/02/2008

MEIRELLES TEIXEIRA, J.H. **Curso de Direito Constitucional**. S. Paulo: Forense Universitária, 1991.

MENDES, Gilmar; MÁRTIRES, Inocêncio;GONET, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

PAIM, Gilberto**. Reforma Política como Salvação**. In Carta Mensal, Ano 46, nº. 548 nov. / nov. 2000.

PINTO, Djalma. **Direito Eleitoral**. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. **Eleições e Sistemas Eleitorais**, In: Revista Paraná Eleitoral, nº 07 de abril de1988.

SILVA, J. Nepomuceno. **A Importância do Instituto da Fidelidade Partidária na Reforma Política Brasileira**, IN Revista do Instituto de Advogados de Minas Gerais, nº.11 Jan. /Dez. 2005.

Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 25/02/2008.

TAVARES, Jose Antonio Giusti. **Reforma Política E Retrocesso Democrático: Agenda para Pontuais no Sistema Eleitoral e Partidário Brasileiro**. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1998.

TRINDADE, Helgio. **Reforma Política: Os Desafios da Democracia Social**. Fundação Perseu Abramo: São Paulo, 2003.

Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: www.tse.gov.br. Acesso em: 04/06/2008

VELLOSO, João Paulo dos Reis. **O Brasil e as Reformas Políticas**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1992.

O papel do juiz nacional no processo de internacionalização do Direito Constitucional[1]

Ana Carolina Borges de Oliveira*
Vitor Eduardo Tavares de Oliveira*

1. Introdução

Verifica-se o surgimento de um problema de Direito Constitucional geral, em relação à controvérsia acerca da utilização, por parte das Cortes de Justiça e das Cortes Constitucionais de diversos países, de material normativo e jurisprudencial de outro país. Tal processo pode ser considerado reflexo da internacionalização do direito, em decorrência dos avanços tecnológicos, da globalização e da universalização das relações humanas.

Assim, em contraposição à idéia da existência de uma única fonte do Direito, que seria o Estado, vivencia-se hoje uma *relatividade espacial, temporal e conceptual que embaralha todos os pontos de referência habituais, deixando ver um espaço normativo "desestatizado", um tempo "desestabilizado" e uma ordem "deslegalizada"*[2]. Nesse sentido, observa-se na atualidade uma enorme gama de fontes internacionais do direito, como as "Normas Internacionais" (Convenções, Tratados, Acordos) e as "Decisões Internacionais" (Jurisprudência Nacional Paradigmática e Jurisprudência de Cortes Internacionais).

Diante disso, pode-se apontar, dentre os fatores de tal internacionalização das fontes do Direito, o avanço da economia capitalista, impulsionando o Direito Econômico e o aumento de preocupação com os Direitos Humanos ocorrido, principalmente, após a Segunda Guerra Mundial[3]; gerando, assim, *uma tensão entre os direitos do Homem marcados por diversas particularidades culturais e a globalização que tende à uniformização do planeta.*[4]

Dessa forma, verifica-se uma superposição entre as normas nacionais, regionais e globais e, conseqüentemente, a expansão do poder dos juízes.[5]

É, esse, pois o assunto do presente artigo: analisar como está ocorrendo esse processo de internacionalização da jurisdição, enfatizando o papel do ator público em nível nacional, qual seja, o Judiciário brasileiro, no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Esse evento de internacionalização é *marcado por uma mudança no conceito clássico de lei*[6], uma vez que a tendência à universalização das relações humanas está gerando um envolvimento complexo e instável entre os diversos sistemas, favorecendo uma multiplicação de textos normativos tanto no âmbito nacional como no internacional. Assim, o juiz tornou-se paradoxalmente liberto em decorrência dessa ampliação normativa, o que lhe aumenta a margem de interpretação.

---

1 Trabalho apresentado no II Seminário Franco-Brasileiro sobre Comércio Exterior, Brasília, 26/02/2008.

* Pesquisadores bolsistas do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq

2 DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Martins Fontes. São Paulo, 2004, p.46.

3 O presente artigo adotará, para os fins de análise e contextualização, o marco temporal do processo de internacionalização adotado por Meireille Delmas-Marty.

4 Cf. DELMAS-MARTY, Mireille. **Três desafios para um direito mundial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p.07.

5 DELMAS-MARTY, Mireille. **Imaginative forces of law**. In Chinese Journal of International Law. The inaugural volume, nº 01 e 02. In . Acesso em 02/02/2008, p. 623.

6 Ibidem.

A jurisprudência, dessa forma, tornou-se fonte de direito, mesmo em países com forte tradição legalista. É o que afirma o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem:

> *(…) a jurisprudência desempenha tradicionalmente um papel considerável nos segundos, de tal maneira que ramos inteiros do direito positivo neles resultam, em larga medida, das decisões das cortes e tribunais* [7].

Nota-se, assim, o fortalecimento do Poder Judiciário. Por intermédio dos juízes, *pilotos da mundialização, que se realiza pelo meio da margem,* o Poder Judiciário não necessita de uma verdadeira reforma institucional*, pois as técnicas de interpretação abrem uma nobre possibilidade para as jurisdições nacionais* [8]. Allard e Garapon afirmam que o Judiciário constitui não só *o mais universalizado, mas também o mais universalizante, dos três poderes descritos por Montesquieu* [9]. Logo, tratar-se-á de analisar o empréstimo de jurisprudência entre países, que contribui para desencadear um processo de internacionalização dos juízes nacionais e do Direito Constitucional por meio das decisões judiciais das Cortes Constitucionais.

2. A potência dos juízes

Além da comunicação informal entre juízes pelo mundo, podem ser observados os seguintes fenômenos[10] no processo de Internacionalização do Direito Constitucional: o da competência extraterritorial, o da emancipação dos juízes e o da emulação dos juízes, que podem acarretar uma intensificação do processo de internacionalização do direito.

Primeiramente, no fenômeno da competência extraterritorial, o juiz nacional se confronta com um caso previsto na lei internacional, ou seja, inserido numa competência extraterritorial. Desse modo, Mireille Delmas-Marty entende dois movimentos, quais sejam: o unilateralismo, presente nos Estados Unidos, em que os juízes preferem aplicar o direito nacional, evitando integrar o direito internacional e o multilateralismo, favorecido na Europa, onde o processo de internacionalização do Judiciário se desenvolveu mais, por meio dos processos de emancipação e de emulação.

Assim, a emancipação é o ato de utilizar o texto normativo internacional, neutralizando a norma nacional. Para Mireille Delmas-Marty, *os juízes são como libertadores do direito interno ao proferir um direito internacional sem precisão, reforçando a margem de interpretação.*[11] Já o processo de emulação visa a derrogação da norma interna em face da norma internacional, ou seja, a norma interna é revogada por uma norma internacional.

Dessa forma, pode-se inferir que o processo de utilização de jurisprudência internacional se enquadra no ato de emancipação dos juízes.

Assim, para analisar o papel desempenhado pelos juízes e o processo de interação entre normas e jurisdições nacionais e internacionais, o presente estudo divide tal atividade jurisdicional em quatro situações:

1. O juiz nacional utilizando a jurisprudência das cortes de outros países;
2. O juiz nacional utilizando a jurisprudência de cortes internacionais;

---

[7] DELMAS-MARTY, Mireille, **Por um direito comum**, Martins Fontes, São Paulo, 2004, p.77.

[8] Ibidem, p.38.

[9] Apud DELMAS-MARTY, Mirreille. **Les forces imaginantes du droit (III); LA REFONDATION DES POVOIRS. Le Juges dans la mondialisation**. Éditions du Seuil, Paris, 2007, p. 42.

[10] Conceitos adotados por Mirreile Delmas-Marty.

[11] DELMAS-MARTY, Mirreille, **Les forces imaginantes du droit (III); LA REFONDATION DES POVOIRS**, Éditions du Seuil, Paris, 2007, p. 45.

3. O juiz internacional que utiliza o direito nacional de um país;
4. O juiz internacional que utiliza o direito internacional.

2.1 O juiz nacional utilizando a jurisprudência das cortes de outros países

Nesse caso, verifica-se a utilização da jurisprudência existente em um Estado para a fundamentação de uma decisão em outro país. Assim, pode-se apontar o art. 39 (do *Bill of Rigths*) da Constituição da República da África do Sul que assevera que, ao interpretar o direito, as Cortes devem levar em consideração o direito internacional e podem levar em consideração o direito estrangeiro.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, que exerce o papel de Corte Constitucional, aplica jurisprudência de Cortes Constitucionais estrangeiras em alguns de seus julgamentos. Pode-se citar, nesse aspecto, parte do julgado que reconheceu a prática de crime de racismo exercido por quem escreve, divulga e comercializa livros com mensagem anti-semita.

Nessa decisão, o Supremo Tribunal Federal utilizou, no HC 82424, manifestações da *Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento de aplicar sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo*[12]. Além dessas jurisprudências na fundamentação do caso referido, foram citados, também, julgados do Tribunal Constitucional Espanhol, Alemão e Tribunal Europeu de Diretos Humanos.

2.2 O juiz nacional utilizando a jurisprudência de cortes internacionais

Nesse caso, é possível verificar juízes nacionais que utilizam, na fundamentação de suas decisões, os julgados das Cortes Internacionais, podendo reforçar o entendimento do direito nacional ou ressaltar o direito internacional.

Elencam-se como Cortes Internacionais, as seguintes: Corte Internacional de Justiça, Corte Européia de Direitos Humanos, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Corte Penal Internacional (TPI).

Cabe citar, no âmbito brasileiro, decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no julgamento sobre crimes de conflito armado político da década de 70, intitulado Guerrilha do Araguaia, em que foi feito forte destaque da norma internacional e da jurisprudência da Corte Interamericana de Justiça. Assim, o referido tribunal asseverou que, conforme:

> *A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por ocasião do julgamento do caso Velásquez Rodrigues contra o Estado de Honduras (sentença de 29 de julho de 1988), o fenômeno dos desaparecimentos forçados constitui uma forma complexa de violação dos direitos humanos, uma das mais graves e cruéis pois não só produz a privação arbitrária da liberdade, mas acarreta outros delitos conexos já que coloca a vítima em um estado completamente indefeso, subtraindo-a da proteção da lei. Concluindo, com base no entendimento das Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos, o Tribunal entendeu que o desaparecimento forçado de pessoas constitui-se num crime de violação permanente, que se mantém até o momento em que se desvenda o paradeiro ou o destino da vítima e se esclareçam as circunstâncias em que os fatos ocorreram, uma situação continuada que surte efeitos prolongados no tempo.*[13]

---

[12] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. HC 82424 / RS. Ementa:[...]Relator(a): Min. MOREIRA ALVES; Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA;Brasília, DF, 17 set. 03. DJ de 28.10.03, p. 6.295.

[13] TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1° REGIÃO. 6° TURMA. APELAÇÃO CÍVEL Nº 2003.01.00.041033-5/DF. Ementa:[...]. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE; Brasília, DF, 06 DEZ. 04. DJ de 14.12.04, p. 11.

Assim, é possível concluir que a utilização de jurisprudência tanto de outros países como de Cortes Internacionais, reforçam algumas afinidades e objetivos constitucionais comuns entre os Estados e fortalece o entendimento, por exemplo, dos crimes contra os Direitos Humanos. Tratam-se de práticas que visam o fortalecimento do Direito Internacional podendo, tanto reforçar o Direito Constitucional pátrio e promovê-lo, como buscar um objetivo maior que o meramente nacional ampliando a margem de interpretação de determinado ato normativo ou prática social.

2.3 O juiz internacional que utiliza o direito nacional de um país

Os juízes internacionais das Cortes Internacionais podem utilizar em suas decisões a norma nacional do país em litígio, ou até mesmo de outro país, para reforçar sua margem internacional de controle.

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Justiça assim procedeu no julgamento em que pela primeira vez o Brasil foi condenado por desrespeito aos direitos humanos. O caso também é histórico por se tratar do primeiro pronunciamento da Corte sobre violações de direitos humanos de portadores de transtornos mentais.

Em resumo, em 2006, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil pela morte violenta de Damião Ximenes Lopes, ocorrida no dia 4 de outubro de 1999, na Clínica de Repouso Guararapes, localizada no interior do Ceará e utilizou, para tanto, normas nacionais na fundamentação de sua decisão, onde asseverou que o art. 196 da Constituição Brasileira de 1988 consagra que *saúde é direito de todos e dever do Estado, e deve ser garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*[14].

Ademais, utilizou o artigo 197 da Constituição Brasileira, que assevera que cabe *ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado*[15].

Assim, a Corte concluiu que o Estado, por conseguinte, foi responsável pela conduta pessoal da Casa de Repouso Guararapes, que exercia elementos de autoridade estatal ao prestar o serviço público de saúde sob a direção do Sistema Único de Saúde.[16]

Nesse caso a Corte Interamericana decidiu, por unanimidade, admitir o reconhecimento parcial de responsabilidade internacional efetuado pelo Brasil na violação dos direitos à vida e à integridade pessoal de Damião Ximenes Lopes. Ressalta-se, dessa forma, que o texto constitucional foi utilizado como margem de controle pela Corte Interamericana de Justiça.

2.4. O juiz internacional que utiliza o direito internacional

O último caso parece usual, pois com certeza o juiz internacional em seu labor irá aplicar a lei internacional; mas, nesse contexto, cumpre indagar se ele aplicará somente a Lei Internacional de sua competência ou poderá citar dispositivos ou princípios de outros tratados não ratificados pelas partes do litígio.

---

[14] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS; Caso Ximenes Lopes versus Brasil; Sentença de 4 de julho de 2006, Publicado no DOU, em 12 de fevereiro de 2007, p. 312.

[15] Ibidem.

[16] Ibidem.

O Direito Ambiental Internacional, que já possui inúmeros tratados que disciplinam a proteção ambiental e dão outras providências, pode ser um exemplo dessa utilização da norma internacional, mesmo que estranha à competência da Corte Internacional julgadora.

Outrossim, a União Européia possui em auxílio a esse processo de trocas de jurisprudência a *Comission de Venice,* criada, em 1992, para armazenar e disponibilizar documentos e decisões judiciais das Cortes dos países membros. Destaca-se sobre o assunto o Boletim de Jurisprudência Constitucional que contém resumos das mais importantes decisões das Cortes Constitucionais de aproximadamente 50 países, da Corte Européia de Direitos Humanos e da Corte de Justiça das Comunidades Européias.

E finalmente, cumpre tratar do processo de Emulação, que visa à derrogação da norma interna em face da norma internacional. Pode-se citar o caso da Corte Internacional Penal que em seu tratado de constituição faz com que seus membros reconheçam a competência universal de suas normas.

Destaca-se, ainda, o caso de um acórdão da Corte Constitucional Argentina que anulou as leis de anistias adotando o entendimento da Corte Interamericana de Justiça, para os casos de vítimas do regime militar argentino, procedendo ao devido julgamento dos supostos criminosos.

Observa-se, então, que o empréstimo de jurisprudência é um processo presente e atual, contudo ainda sofre alguma resistência doutrinária e jurisprudencial, pois pode colidir com a legislação interna.

Ademais, vale citar a reação constatada contra o nascente cosmopolitismo judiciário, em que o Congresso Norte-Americano, em 2004, propôs o *Constitution Restoration Act*, no qual proíbe os juízes de interpretarem a Constituição levando em consideração documentos jurídicos diversos daqueles nacionais, compreendidas as decisões das Cortes Constitucionais ou Supremas de outros países ou de Cortes Internacionais de Direitos Humanos. A objeção da comparação constitucional vem, assim, ser considerada medida de defesa da identidade constitucional nacional.

Conclui-se que o empréstimo de jurisprudência, conforme demonstrado, é um processo de harmonização, pois não configura uma unificação, visto que aquele processo *admite diferenças e as põe em ordem*[17]. Trata-se de uma técnica de compatibilizar as normas por aproximação e não por unificação e será produzido pelas instituições nacionais de controle, na busca de objetivos e valores comuns.

3. Problemáticas constitucionais do processo de internacionalização do direito

Após essa breve exemplificação de um dos processos de internacionalização do direito, pode-se apontar dois pólos de discussão: de um lado que as Cortes Constitucionais podem adotar textos e decisões internacionais; em sentido oposto, a negação dessa prática, na defesa das características originárias da Constituição. Arthur Pinheiro Chaves, pondera que:

> *"A soberania de outrora se transformou em interdependência ou dependência. O controle de diversos fatores condicionantes da nossa existência nos refoge. Atos e ocorrências de natureza política, econômica, cultural e tecnológica sucedidos em outras partes do mundo terminam por condicionar e atingir diretamente o patrimônio dos bens constitucionais nacionais. Os danos causados ao meio ambiente são exemplos claros disso. Entretanto, esses são submetidos à justiça constitucional do País no qual ocorrem".*[18]

---

[17] DELMAS-MARTY, Mirreille, **Les forces imaginantes du droit (III); LA REFONDATION DES POVOIRS**, Éditions du Seuil, Paris, 2007, p. 256.

[18] CHAVES, Arthur Pinheiro, **O panorama da jurisprudência comparada das Cortes Constitucionais na interpretação e aplicação do Direito Constitucional contemporâneo – a influência da transformação do conceito de território**, Revista do Tribunal Federal da 1° Região, N° 4, Ano 19, Abril/2007, Brasília, p. 66.

A Constituição Federal Brasileira prevê assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (Preâmbulo Art. 1° CF/88). Desse modo esta previsão não deve ser desrespeitada, pois se assim ocorrer, do ponto de vista moral, esse desrespeito não atingirá somente o cidadão brasileiro, mas o humano. Refletindo assim, nota-se uma incongruência desses direitos universais estarem apenas sobre as jurisdições das justiças constitucionais.

Nota-se que o mundo jurídico moderno, em muitos campos (Direitos Humanos, Econômicos, Ambientais), vem se desvinculando da idéia de território, sendo natural que os bens constitucionais se tornem interdependentes e indivisíveis, e que as justiças constitucionais de cada Estado almejem uma integração. Se não de forma cosmopolita, que talvez nunca ocorra, ao menos ao nível de troca de jurisprudência, ou seja, na formação de um contexto deliberativo comunicante entre Cortes Constitucionais.

Cabe citar o Presidente da Suprema Corte de Israel, Aharon Barak, que ponderou certa vez: "*o direito comparado me serve de um espelho: permite-me observar-me e compreender-me melhor*"[19], tal afirmativa demonstra que a prática de utilização de jurisprudências internacionais tem por fim, principalmente, reforçar o direito interno.

Pode-se inferir que a internacionalização dos juízes nacionais pode promover tanto o unilateralismo como o multilateralismo e esse processo pode reforçar as ilegalidades e a hegemonia do mais forte, ou contrariamente, favorecer o pluralismo jurídico.[20]

O empréstimo das jurisprudências, em constantes entrelaçamentos, pode ser considerado arbitrário em relação às constituições nacionais, porém é um processo presente de forma multifacetado da internacionalização do direito, fenômeno característico de nosso tempo desterritorializado.

É um processo arbitrário, no sentido de desrespeitar a ideologia e os objetivos constitucionais próprios que preservam a identidade nacional, acarretando uma sobrecarga de ideologias. Contudo, esse processo pode permitir o surgimento de constituições pluralistas com as interpretações das Cortes Constitucionais de forma entrelaçada, ou seja, numa constante troca de entendimentos constitucionais.

Numa breve síntese, cabe ressaltar que o processo estudado é presente e verifica-se arbitrário em relação às Constituições Nacionais, pois esse processo, normalmente, visa à busca de legitimação do direito interno na forma de aplicação da norma, sem um fim idealista.

Nota-se necessário um estudo de Direito Comparado para melhor entendimento da temática no sentido de que as trocas não se tornem arbitrárias e gerem deformações do Direito Nacional.

BIBLIOGRAFIA

BARAK, Aharon, apud, CHAVES, Arthur Pinheiro, O panorama da jurisprudência comparada das Cortes Constitucionais na interpretação e aplicação do Direito Constitucional contemporâneo - a influência da transformação do conceito de território, Revista do Tribunal

---

[19] BARAK, Aharon, apud, CHAVES, Arthur Pinheiro, **O panorama da jurisprudência comparada das Cortes Constitucionais na interpretação e aplicação do Direito Constitucional contemporâneo – a influência da transformação do conceito de território**, Revista do Tribunal Federal da 1° Região, N° 4, Ano 19, Abril/2007, Brasília, p. 66.

[20] DELMAS-MARTY, Mirreille, **Les forces imaginantes du droit (III); LA REFONDATION DES POVOIRS**, Éditions du Seuil, Paris, 2007, p. 50.

Federal da 1° Região, N° 4, Ano 19, Abril/2007, Brasília, p. 66.

CHAVES, Arthur Pinheiro, O panorama da jurisprudência comparada das Cortes Constitucionais na interpretação e aplicação do Direito Constitucional contemporâneo - a influência da transformação do conceito de território, Revista do Tribunal Federal da 1° Região, N° 4, Ano 19, Abril/2007, Brasília, p. 66.

DELMAS-MARTY, Mireille. Por um direito comum. Martins Fontes. São Paulo, 2004, p.46.

DELMAS-MARTY, Mireille. Três desafios para um direito mundial. Rio de Janeiro: Lumen Júris, p 07.

DELMAS-MARTY, Mireille. Imaginative forces of law. In Chinese Journal of International Law. The inaugural volume, nº 01 e 02. In www.chinesejil.org. Acesso em 02/02/2008.

DELMAS-MARTY, Mirreille, Les forces imaginantes du droit (III); LA REFONDATION DES POVOIRS, Éditions du Seuil, Paris, 2007, p. 45.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS; Caso Ximenes Lopes versus Brasil; Sentença de 4 de julho de 2006, Publicado no DOU, em 12 de fevereiro de 2007, p. 312.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. HC 82424 / RS. Ementa:[...]Relator(a): Min. MOREIRA ALVES; Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA;Brasília, DF, 17 set. 03. DJ de 28.10.03, p. 6.295.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1° REGIÃO. 6° TURMA. APELAÇÃO CÍVEL Nº 2003.01.00.041033-5/DF. Ementa:[...]. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE; Brasília, DF, 06 DEZ. 04. DJ de 14.12.04, p. 11.

Contribuição em defesa da dignidade e da inviolabilidade da vida da pessoa humana

Claudio Lemos Fonteles*

O biênio 2003-2005, quando exerci o cargo de Procurador-Geral da República, propiciou-me um dos momentos mais significativos da minha vida.

Não pelo exercício do cargo, em si, mas porque me foi dado meditar, e posicionar-me, sobre a questão mais importante – tenho-o por certo – de toda minha atuação profissional: a vida humana, seu início e significado.

A partilhar o que assentei, entrego minhas reflexões aos leitores, na esperança de que haja proveito.

Estabeleço, então, que:

1. O conceito jurídico do início da vida não se esgota no campo do direito civil;
2. O direito civil, parte do sistema jurídico ordenado, dado o caráter de regulação interpessoal no plano familiar, sucessório e contratual, que lhe é próprio, com coerência estabelece no nascimento com vida da pessoa a aptidão a que as relações interpessoais aconteçam.
3. O direito constitucional também se ocupa do tema vida, em perspectiva diversa e fundamental, porque ao exigir sua proteção, como inviolável, expressamente no artigo 5º, *caput*, como decorrência do princípio fundante da dignidade da pessoa humana – artigo 1º, inciso III -, considera a vida em si, e convoca o Supremo Tribunal Federal a definir o momento do início da vida.
4. Vida existe na, e a partir da, fecundação: posicionamentos científicos.
5. Não há, pois, enfoques contraditórios: enquanto no plano do direito constitucional considera-se a vida em si, para protegê-la desde a fecundação, no enfoque do direito civil o nascimento com vida é que enseja aconteçam as relações interpessoais.

Importa, agora, ao leitor apresentar toda a minha argumentação.

Começo por embasar a afirmação de que: a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação.

Assim, a lição do Dr. Dernival da Silva Brandão, especialista em Ginecologia e Membro Emérito da Academia Fluminense de Medicina, *verbis*:

> "**O embrião é o ser humano na fase inicial de sua vida**. É um ser humano em virtude de sua constituição genética específica própria e de ser gerado por um casal humano através de gametas humanos – espermatozóide e óvulo. **Compreende a fase de desenvolvimento que vai desde a concepção, com a formação do zigoto na união dos gametas, até completar a oitava semana de vida**. Desde o primeiro momento de sua existência esse novo ser já tem determinado as suas características pessoais fundamentais como sexo, grupo sanguíneo, cor da pele e dos olhos, etc. É o agente do seu próprio desenvolvimento, coordenado de acordo com o seu próprio código genético.
>
> O cientista Jérôme Lejeune, professor da universidade de René Descartes, em Paris, que dedicou toda a sua vida ao estudo da genética fundamental, descobridor da Síndrome de Dawn (mongolismo), nos diz: "**Não quero repetir o óbvio, mas, na verdade, a vida começa na fecundação**. Quando os 23 cromossomos masculinos se encontram com os 23 cromossomos da mulher, todos os dados genéticos que definem o novo ser humano

---

* Ex- Procurador Geral da República.

estão presentes. **A fecundação é o marco do início da vida.** Daí para frente, qualquer método artificial para destruí-la é um assassinato".[1]

E prossegue o Dr. Dernival Brandão, *verbis*:

"A ciência demonstra insofismavelmente – com os recursos mais modernos – que o ser humano, recém-fecundado, tem já o seu próprio patrimônio genético e o seu próprio sistema imunológico diferente da mãe. É o mesmo ser humano – e não outro – que depois se converterá em bebê, criança, jovem, adulto e ancião. O processo vai-se desenvolvendo suavemente, sem saltos, sem nenhuma mudança qualitativa. Não é cientificamente admissível que o produto da fecundação seja nos primeiros momentos somente uma "matéria germinante". **Aceitar, portanto, que depois da fecundação existe um novo ser humano, independente, não é uma hipótese metafísica, mas uma evidência experimental. Nunca se poderá falar de embrião como de uma "pessoa em potencial**" que está em processo de personalização e que nas primeiras semanas pode ser abortada. Porque? Poderíamos perguntar-nos: em que momento, em que dia, em que semana começa a ter a qualidade de um ser humano? Hoje não é; amanhã já é. Isto, obviamente, é cientificamente absurdo." [2]

O Dr. Dalton Luiz de Paula Ramos, livre-docente pela Universidade de S.Paulo, Professsor de Bioética da USP e Membro do Núcleo Interdisciplinar de Biotética da UNIFESP acentua que, *verbis*:

"Os biólogos empregam diferentes termos – como por exemplo zigoto, embrião, feto, etc-, para caracterizar diferentes etapas da evolução do óvulo fecundo. **Todavia esses diferentes nomes não conferem diferentes dignidades a essas diversas etapas**.

Mesmo não sendo possível distinguir nas fases iniciais os formatos humanos, **nessa nova vida se encontram todas as informações, que se chama "código genético", suficientes para que o embrião saiba como fazer para se desenvolver. Ninguém mais, mesmo a mãe, vai interferir nesses processos de ampliação do novo ser. A mãe, por meio de seu corpo, vai oferecer a essa nova vida um ambiente adequado (o útero) e os nutrientes necessários. Mas é o embrião que administra a construção e executa a obra. Logo, o embrião não é "da mãe"; ele tem vida própria. O embrião "está" na mãe, que o acolhe pois o ama.**

Não se trata, então, de um simples amontoado de células. O embrião é vida humana.

A partir do momento que, alcançando maior tamanho e desenvolvimento físico, passamos a reconhecer aqueles formatos humanos (cabeça, tronco, mãos e braços, pernas e pés, etc), podemos chamar essa nova vida humana de "feto".[3]

A Dra. Alice Teixeira Ferreira, Professora Associada de Biofísica da UNIFESP/EPM na área de Biologia Celular-Sinalização Celular afirma, *verbis*:

"Embriologia quer dizer o estudo dos embriões, entretanto, se refere, atualmente, ao estudo do desenvolvimento de embriões e fetos. Surgiu com o aumento da sensibilidade dos microscópios. Karl Ernst Von Baer observou, em 1827, o ovo ou zigoto em divisão na tuba uterina e o blastocisto no útero de animais, Nas suas obras Ueber Entwicklungsgeschiechteb der Tiere e Beabachutung and Reflexion descreveu os estágios correspondentes do desenvovimento do embrião e quais as características gerais que

[1] BRANDÃO, Dernival da Silva, publicação: VIDA: o primeiro direito da cidadania – p. 10

[2] Op. Cit., **p. 11**

[3] publicação citada – pg. 12/13 grifei

precedem as específicas, contribuindo com novos conhecimentos sobre a origem dos tecidos e órgãos. Por isto é chamado de "Pai da Embriologia Moderna".

Em 1839 Schleiden e Schwan, ao formularem a Teoria Celular, foram responsáveis por grandes avanços da Embriologia. Conforme tal conceito o corpo é composto por células o que leva à compreensão de que o embrião se forma à partir de uma ÚNICA célula, o *zigoto*, que por muitas divisões celulares forma os tecidos e órgãos de todo ser vivo, em particular o humano.

Confirmando tais fatos, em 1879, Hertwig descreveu eventos visíveis na união do óvulo ou ovócito com o espermatozóide em mamíferos. Para não se dizer que se trata de conceitos ultrapassados verifiquei que TODOS os textos de Embriologia Humana consultados (as últimas edições listadas na Referência Biográfica) **afirmam que o desenvolvimento humano se inicia quando o ovócito é fertilização pelo espermatozóide. Todos afirmam que o desenvolvimento humano é a expressão do fluxo irreversível de eventos biológicos ao longo do tempo que só para com a morte**. Todos nós passamos pelas mesmas fases do desenvolvimentos intrauterino: fomos um ovo, uma mórula, um blastocisto, um feto."

A Dra. Elizabeth Kipman Cerqueira, perita em sexualidade humana e especialista em logoterapia escreve, *verbis*:

"O zigoto, constituído por uma única célula produz <u>imediatamente proteínas e enzimas humanas</u> e não de outra espécie. **É biologicamente um indivíduo único e irrepetível**, um organismos vivo pertecente à espécie humana.

b) "O tipo genético – as características herdadas de um ser humano individualizado – é estabelecido no processo da concepção e permanecerá em vigor por toda a vida daquele indivíduo" (Shettles e Rorvik – Rites of Life, Grand Rapids (MI), Zondervan, 1983 – cf. Pastuszek: Is Fetus Human – pg. 5."

"O desenvolvimento humano se inicia na fertilização, o processo durante o qual um gameta masculino ou espermatozóide (...) se une a um gameta feminino ou ovócito (...) para formar uma célula única chamada zigoto. Esta célula altamente especializada e totipotente marca o início de cada um de nós, como indivíduo único."[4]

Importa, agora, abordar o tema das células-tronco. Diz a Dra. Alice Teixeira Ferreira, *verbis*:

"As células tronco embrionárias são aquelas provenientes da massa celular interna do embrião (blastocisto). São chamadas de células-tronco embrionárias humanas **porque provêm do embrião e porque são células-mães do ser humano**. Para se usar estas células, que constituem a massa interna do blastocisto, é destruído o embrião.

As células tronco adultas são aquelas encontradas em todos os órgãos e em maior quantidade na medula óssea (tutano do osso) e no cordão umbilical-placenta. **No tutano dos ossos tem-se a produção de milhões de células por dia, que substituem as que morrem diariamente no sangue."**[5]

O Dr. Herbert Praxedes também considera que, verbis:

"As células de um embrião humano de poucos dias são todas células-tronco (CTE), **são pluripotenciais, tendo capacidade de se auto-renovarem e de se diferenciarem em**

---

[4] Keith Moore e T.V.N Persaud – The Developing Human, Philadelphia, W.B. Saunders Company – 1998 – pg.18

[5] publicação citada – pg. 33, grifei

qualquer dos tecidos do corpo. As células-tronco adultas (CTA) **são multipotenciais** e têm também capacidade de ser auto-renovarem e se diferenciarem em vários, **mas, aparente não em todos, os tecidos do organismo**. As CTA existem no organismo adulto em vários tecidos como a medula óssea, pele, tecido nervoso, e outros, e também são encontradas em grande concentração no sangue do cordão umbilical."[6]

O Professor Titular de Cirurgia da Universidade Autônoma de Madrid, Dr. Damián Garcia-Olmo, em entrevista, **realçou os avanços muito mais promissores da pesquisa científica** com **células-tronco adultas, do que com as embrionárias**.

Principia por apresentar quadro real de tratamento de pacientes, curados da enfermidade de Crohn, *verbis*:

"– Usted ha desarrollado uma investigación sobre el tratamiento de algunas enfermedades com células madre adultas, y parece haber obtenido buenos resultados.

– En el Departamento de Cirugía del Hospital Universitario La Paz de Madrid estamos desarrollando un estudio sobre el uso de células madre autólogas (del proprio individuo) para el tratamiento de las fístulas en la enfermedad de Crohn (Una efermedad inflamatoria intestinal que aumenta rápidamente de incidencia en países desarrollados y que afecta sobre todo a jóvenes). La aparición de fístulas en la enfermedad de Crohn es una importante causa de sufrimientos por su gran resistencia a curar com los tratamientos clásicos. Por outra parte, a partit del año 2001, la terapia celular se esta introduciendo rápidamente en muchas ramas de la medicina, en especial desde la introducción del uso de células madre adultas. Esto permite el autotrasplante (trasplante autólogo) sin problemas de rechazo y obvia los graves problemas clínicos y éticos del uso de células madre de origen embrionario. Com el estudio que estamos desarrollando nos proponemos conecer si es posible y seguro utilizar células adultas en el tratamiento de las fístulas que aparecen en los pacientes com enfermedad de Crohn..

– **Damián García-Olmo**: En determinados pacientes com esta enfermedad, realizamos una liposucción de 100 cc de grasa subdérmica. De esta grasa extraemos una pequeña cantidad de células madre que posteriormente son expandidas en cultivo (ex – vivo). Cuando han crecido y tenemos un número suficiente, se realiza la intervención quirúrgica de la fístula siguiendo los métodos habituales, pero ademais se inyectan en diferentes puntos del trayecto fistuloso entre 9 y 12 millones de estas células madre autólogas cultivadas.

– Cuál es la experiencia actual??

– Desde que se obtuvieron todos los permisos legales y se comenzó la fase clínica, dos pacientes han completado el seguimiento programado, alcanzando temporalmente la curación completa de la enfermedad fistulosa. Se trataba de uma fístula recto-vaginal y de una fístula enterocutánea, ambas en mujeres jóvenes u con numerosas operaciones previas fracasadas por esa misma causa..

Del seguimento de estos enfermos podemos deducir que: 1§ Por liposucción podemos obtener un suficiente número de células madre. 2§.- Estas células se reproducen bien en cultivo y entre 5 y 7 días se obtiene una cantidad suficiente para su uso clínico. 3§.- La inyección celular no produjo en ningún momento fenómenos de rechazo. 4§.- No se há producido un crecimiento celular incontrolado que suponga riesgo tumoral. 5§.- Los efectos reparadores de esta terapia parecen comenzar al cabo de 4-8 semanas de la inyección."

[6] publicação citada pg. 33 grifei

Depois, **demonstra a superação do preconceito científico contra as células-tronco adultas**, a partir do trabalho da Professora Catherine Verfaillie. De se ler, *verbis*:

"– En qúe punto esta actualmente la investigación com celulas madres adultas??

El año 2002 ha sido um año clave. Tanto que ha dado um vuelco a las expectativas sobre la investigación de usos potenciales de células madre. **Hasta esse anõ era casi un dogma que las células madre adultas estaban tan diferenciadas que difícilmente serian útiles en terapia celular**. Pero en julio de 2002 **el grupo de investigación de la Universidade de Minnesota (USA) dirigido por la Profesora Catherine Verfallie publicó en la revista "Nature**" (una de las mas prestigiosas de la literatura científica y extremadamente exigente a la hora de publicar resultados) **un estudio en el que demonstraba que células madre obtenidas de la medula ósea de los adultos podían diferenciarse en prácticamente todos los tipos celulares conocidos en el adulto y concluía diciendo que por tanto era la fuente de células ideal para el tratamiento de enfermidades degenerativas** (Cf. Natures 2002 Jul 4;418(6893):41-49). En diciembre de ese mismo año 2002, científicos de la Universidad de UCLA (USA) tienen hallazgos similares utilizando células madre obtenidas por liposucción. En este trabajo consiguen obtener incluso auténticas neuronas partiendo de estas células que procesan de la grasa (similares a las usadas en nuestra investigaciones)[7]"

E concluiu o Professor García-Olmo, *verbis*:

"– Son más idóneas para desarrollar terapias actualmente las células madre adultas que las embrionarias? Porque?

– Que sepamos, en España, no hay ningún estudio clínico aprobado para el uso de células madre procedentes de embriones. **Esto es actualmente inviable por los enormes riesgos potenciales que conlleva (tumores, problemas de rechazo, necesidad de terapia inmunosupresora**, etc.). Sin embargo, en España, hay al menos tres programas de uso clínico **de células madre adultas en patología humana que estan demonstrando que el uso de estas terapias es factble y seguro.** Estos grupos van a presentar sus resultados durante un simposio que se celebrará en el Hospital Universitário La Paz el próximo 18 de marzo..

– Sin entrar en consideraciones éticas sino con los resultados clínicos en la mano, cree que la presión de algunos sectores por potenciar y dotar de recursos la investigación com embriones obedece a una real expectativa de obtener resultados o se mezclan en el tema cuestiones diversa a las meramente científicas?

– Lo que pienso es que **la comunidad científica, después de muchos años de investigar sobre células madre embrionárias como la mejor fuente para la terapia celular, aún no há asimilado el cambio copernicano que se há producido en el conocimiento durante el año pasado**. Tenga en cuenta que no hace ni un año desde la publicación de los trabajos de Catherine Verfaillie. **Ademais los médicos clínicos tardamos bastante tiempo en asimilar lo que descubren los investigadores básicos." (mesma entrevista grifei).**

Na Alemanha, no plano legislativo, **há específica lei de proteção aos embriões**, definidos pelo **artigo 8º, 1** como, *verbis*:

"Por embrião nos termos desta lei entende-se, já a partir do momento da fusão nuclear, **o óvulo humano fecundado e capaz de se desenvolver, assim como toda célula**

---

[7] Cf. Molecular Biology of the cell. Decembrer 2002; 13: 4279-4295

totipotente retirada de um embrião que, uma vez reunidas as condições necessárias, **seja capaz de se dividir e se desenvolver num indivíduo**."

A Dra. Claudia M. C. Batista, Professora-Adjunta da UFRJ e pós- doutorada pela University of Toronto na área de células-tronco, afirma, *verbis*:

> "No momento da fecundação, a partir da fusão do material genético materno e paterno, a nova célula formada, chamada zigoto, reorganiza-se, perde proteínas inicialmente ligadas ao DNA dos gametas, inicia um novo programa ditado por esta nova combinação de genes, comanda de forma **autônoma** todas as reações que o levarão a implantar-se no útero materno. Inicia-se uma "conversa química" entre esta célula e as células do útero materno. Este programa é, além de autônomo, único, irrepetível, harmônico e contínuo. A partir da primeira divisão do zigoto, quando originam-se as **duas primeiras células,** estas **encontram-se predestinadas**. Estudos recentes da Dra. Magdalena Zernicka-Goetz, do Departament of Experimental Embryology, Polish Academy of Science, Jastrzebiec, Poland, (Cf. *Nature*. 2005 Mar 17;ai434 (7031): 391-5, *Development*. 2005 Feb; 132(3): 479-90; *Development*. 2002 Dec; 129(24): 5803-13; *Nat Cell Biol*. 2002 Oct; 4(10:811-5), mostram clara e irrefutavelmente que toda e qualquer parte do embrião ou feto é formada por células já predestinadas nas primeiras horas após a fertilização. Portanto, todo o desenvolvimento humano tem como marco inicial a fecundação e, após este evento, têm-se um ser humano em pleno desenvolvimento e não somente um aglomerado de células com vida meramente "celular". Trata-se, a partir deste evento, de um indivíduo humano em um estágio de desenvolvimento específico e bem caracterizado cientificamente".

Fica, pois, assente:

- **que a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação: o zigoto**, gerado pelo encontro dos 23 cromossomos masculinos com os 23 cromossomos femininos;
- **a partir da fecundação, porque a vida humana é contínuo desenvolver-se**;
- **contínuo desenvolver-se** porque **o zigoto, constituído por uma única célula**, imediatamente produz proteínas e enzimas humanas, é totipotente, vale dizer, **capacita-se, ele próprio, ser humano embrionário, a formar todos os tecidos,** que se diferenciam e se auto-renovam, **constituindo-se em ser humano único e irrepetível**.
- **a partir da fecundação, a mãe acolhe o zigoto, desde então propiciando o ambiente a seu desenvolvimento**, ambientação que tem sua **etapa final** na chegada ao útero. Todavia, não é o útero que engravida, mas a mulher, por inteiro, no momento da fecundação.
- **a pesquisa com células-tronco adultas é, objetiva e certamente, mais promissora do que a pesquisa com células-tronco embrionárias**, até porque com as primeiras resultados auspiciosos acontecem, **do que não se tem registro com as segundas**.

Estabelecidas tais premissas, **o artigo 5º e parágrafos, da Lei nº 11.105**, de 24 de março de 2005, **por certo inobserva a inviolabidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana**. Nesse passo – **a preservação da dignidade da pessoa humana** – importa, aqui, reproduzir o pensamento do Dr. Gonzalo Herranz, Diretor do Departamento de Humanidades Biomédicas da Universidade de Navarra, *verbis*:

> "El núcleo ético del argumento es este: no todos los seres humanos son iguales, pues unos tienen más valor y más dignidad que otros. En concreto, ciertos seres humanos, y los embriones congelados caducados se cuentan entre ellos, valen muy poco y podemos intercambiarlos por cosas más valiosas. No tienen nombre, ni son personas como las otras.

Están condenados a morir y nadie los llorará ni celebrará funerales por su muerte, inevitable y autorizada por la Ley.

Pero, **como demócratas, se ha de replicar que no es justo ni razonable dividir a los seres humanos en grupos de valor diferente. Los embriones sobrantes son, ante todo, hijos, que forman parte de una familia**. Formaban parte de un grupo de hermanos. De ellos, unos fueron considerados dignos de ser transferidos al seno de su madre y son ahora niños llenos de alegría de vivir. Pero, por un azar trágico, los otros fueron dejados de lado.

La humanidad ha madurado trabajosamente la idea de que a todos los miembros de la familia humana se ha de conferir la misma dignidad, aunque sus ideas o su apariencia difieran radicalmente de las propias."[8]

E, conclusivo, *verbis*:

"Las vidas humanas no valen menos porque nadie las llore. La saturación de tragedias que nos revela el telediario cada día está quemando nuestras reservas de compasión. Nuestra capacidad de comprender y emocionarnos no nos alcanza para conmovernos por los que mueren a consecuencia de catástrofes naturales, accidentes, crímenes terroristas o no, sobre todo si ocurren lejos de nosotros. **No se llora por los embriones que se pierden espontáneamente o que son abortados. Pero no ser llorado, no ser conocido o no ser deseado no hace a esos seres menos humanos o menos valiosos. La deficiencia de valor no está en ellos.**

Total, van a morir... Pero nuestra postura ante su muerte no es asunto indiferente. El modo y las circunstancias de su muerte son asuntos éticamente decisivos. Y una cosa es reconocer lo inevitable de su muerte absurda que pone fin a una existencia todavía más absurda, y otra muy distinta es consentir en su sacrificio en el altar de la ciencia y sentirse redimido y justificado. Su muerte, inevitable, no es pasivamente presenciada, sino que es activamente consentida, programada, usada en beneficio propio. **Es reducir a los embriones a la condición de meros medios con los que se satisfacen los deseos de otros:** al principio, para cumplir unos proyectos parentales que los han dejado en el frío; después, unos proyectos de investigación que los dejan crecer hasta blastocistos de cinco días para reconvertirlos en células que nada tienen que ver con su propio proyecto de vida.

En Bruselas han optado por pensarse un poco mejor donde poner el dinero. Nosotros necesitamos también tiempo para decidir donde ponemos el alma, porque estamos ante una decisión histórica. Paul Ramsey lo dijo muy bien: 'La historia moral del género humano es más importante que la historia de la Medicina'."(ainda trecho outro do artigo citado acima).

Desenvolvo, a partir de agora, e em análise jurídica central, o tema sob enfoque do direito constitucional, e do direito civil.

Permita-me o leitor apresentá-lo, reportando-me à réplica que encetei em relação a várias objeções sofridas.

Principio pela que advém do Dr. Rafaello Abritta, advogado da União.

É de se corrigir, de pronto, a afirmação posta no sentido de que: "tais pesquisas (pesquisas com células-tronco embrionárias) estão avançadas no tratamento de doenças degenerativas como no caso do Mal de Alzheimer e Mal de Parkinson..."

Não é assim, *data venia*.

A frase carece de indispensável demonstração documental.

---

[8] El sacrificio de prisoneros de guerra y los embriones congelados – Diário Médico – 6 nov. 2002

É de se recordar, a bem da verdade, que após a aprovação do texto, que ora se discute, os seus defensores viram-se na obrigação de esclarecer que curas imediatas, e mesmo dentro de prazo imaginável, não aconteceriam, visto que o emocionalismo com que a matéria foi tratada, sem dúvida induziu vãs expectativas.

Outra correção torna-se imprescindível quando, agora meditando sobre o conceito jurídico de vida, diz o Dr. Rafaello Abritta, *verbis*:

> "Qual seria o conceito operacional de 'vida'? Qual o melhor conceito para o vocábulo, segundo as regras de Hermenêutica e os princípios gerais do Direito?
>
> Se faz necessária a definição jurídica do termo 'vida' de maneira a permitir, simultaneamente, segurança e compatibilidade sistêmica com o ordenamento positivo e com os valores constitucionais.
>
> É de se reconhecer que a dificuldade se encontra justamente na definição jurídica do termo, pois as diversas definições dadas pela Medicina, Biologia, Antropologia, Religiões são bastantes para viabilizar os objetivos e para atender às necessidades de cada uma dessas respectivas áreas.
>
> Assim, o cirurgião que, logo após ter amputado uma perna por algum imperativo médico, deita fora, no lixo hospitalar, o membro decepado certamente não pratica nenhuma conduta antiética ou censurável do ponto de vista médico. Ainda assim, jogou fora um conjunto de células humanas e, naquele momento, ainda vivas.
>
> O mesmo ocorrerá em qualquer outra cirurgia, onde ocorre a perda de sangue, tecido vivos, gordura (lipoaspiração) etc.
>
> Importa reconhecer que tais situações não ofendem a proteção à 'vida', sob a óptica da medicina, ainda que eventualmente, ofendam a idéia 'vida' defendida por alguma religião. Muito menos configuram ilícito penal."

O equívoco, *data venia*, reside em que **não atenta** o Dr. Rafaello Abritta para a óbvia constatação de que parte do corpo humano – a perna; a mão; etc – não pode ser tomada para a discussão que está em fixar-se o momento inicial da vida.

O embrião humano não é parte.

O embrião humano – **o zigoto** – como disse na inicial, louvando-me em pronunciamentos de e*xperts*, é **totipotente**. De se ler, o que transcrevi no, inicial, verbis:

> "6. A Dra. Elizabeth Kipman Cerqueira, perita em sexualidade humana e especialista em logoterapia, escreve, *verbis:*
>
> 'O zigoto, constituído por uma única célula produz **imediatamente proteinas e enzimas humanas** e não de outra espécie. **É biologicamente um indivíduo único e irrepetível**, um organismo vivo pertencente à espécie humana.
>
> b) 'O tipo genético – as características herdadas de um ser humano individualizado - é estabelecido no processo da concepção e permanecerá em vigor por toda a vida daquele indivíduo' Shettles e Rorvik – Rites of Life, Grand Rapids (MI), Zondervan, 1983 – cf. Pastuszek: Is Fetus Human – pg. 5".
>
> 'O desenvolvimento humano se inicia na fertilização, o processo durante o qual um gameta masculino ou espermatozóide (...) se une a um gameta feminino ou ovócito (...) para formar uma célula única chamada zigoto. Esta célula altamente especializada e totipotente marca o início de cada um de nós, como indivíduo único. (Keith Moore e T.V.N. Persaud – The Developing Human, Philadelphia, W.B. Saunders Company – 1998 – pg. 18.
>
> 7. Anexo **quadro esquemático** que **na, e a partir da, fecundação** marca o desenvolvimento da vida humana: **o zigoto**, que se desenvolve a partir de sua unicidade celular. (vide: quadro anexo).'

Outra tese, trazida à nossa reflexão pelo Dr. Rafaello Abritta, está em que **vida só se reconhece quando há pessoa, e o nascituro não é pessoa**. **De se ler**, *verbis*:

> "Até o momento anterior ao do nascimento com vida, **desde a concepção** até o nascimento com vida, **o feto é um nascituro, gerado e concebido com existência no ventre materno**; mas nem por isto pode ser considerado como pessoa, como de fato ainda não o é.
>
> Desta forma, a lei civil protege os interesses de um ser humano em formação, determinando o respeito pelas expectativas daqueles direitos que esse ser humano poderá vir a adquirir, caso se torne pessoa, o que acontecerá, frise-se, somente após o seu nascimento com vida.
>
> Percebe-se, então, a diferença existente entre o nascituro, que foi gerado e concebido - mas **só existe no ventre materno, isto é, só possui existência intra-uterina**, e a criança, que já passou pelo nascimento com vida adquirindo o atributo de pessoa. Esta segunda possui, conforme a legislação civilista, personalidade jurídica enquanto que o primeiro é apenas um nascituro com expectativa de direitos.
>
> Não se devem perquirir, neste momento, as questões religiosas, sociológicas ou filosóficas sobre a existência de vida uterina como ser humano, como pessoa, o direito civilista não adentra nesta seara.
>
> O enfoque deve cingir-se ao direito material brasileiro infraconstitucional.
>
> Como a lei civil determina que o início da personalidade humana ocorre, tão-somente, com o parto nativivo, é importante determinar o conceito de nascituro.
>
> Como ensina Santoro-Passarelli, em razão do nascituro, cria-se um centro autônomo de relações jurídicas, a aguardar o nascimento do concebido ou procriado, da criança que provenha com vida da mulher.

O mestre Washington de Barros Monteiro ministra:

> 'Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem *in spem*. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. **Mas para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o NASCIMENTO com vida.** Por assim dizer, nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida. A esta situação toda especial chama Planiol de antecipação da personalidade.' (grifou-se e destacou-se)
>
> O saudoso professor Caio Mário afirmava que à pessoa liga-se a idéia de personalidade, que manifesta a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações.
>
> Por sua vez, Haroldo Valadão esclarece que a personalidade é o conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos os homens, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade.
>
> Desta forma, insofismável aduzir que a personalidade deriva, indubitavelmente, da pessoa, motivo pelo qual a Professora Maria Helena Diniz ministra que, 'primeiramente, imprescindível se torna verificar qual é a acepção jurídica do termo 'pessoa'.'
>
> Na seqüência, a própria Professora Maria Helena elucida a questão com base nos ensinamentos de Diego Espín Cánovas:
>
> 'Para a doutrina tradicional 'pessoa' é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito. Sujeito de direito é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de faze valer, através de uma ação, o não-cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial.'

Assim, resta claro que há muito - desde o Código civil de 1916 – a legislação civilista brasileira adotou a corrente doutrinária natalista, que reconhece o início da personalidade a partir do nascimento com vida, reservando para o nascituro uma expectativa de direito. Adotam, também, a teoria natalista os Códigos Civis da Espanha, Portugal, França, Alemanha, Suíça, Japão, Itália, entre outros."

Portanto, por essa perspectiva, a vida só se a tem com o nascimento a bom termo.

O primeiro ponto à reflexão é este: esgota-se no campo do direito civil o conceito jurídico de vida?

Ou, por outro modo, não se pode extrair do texto constitucional o conceito de vida humana?

Não, não se esgota no direito civil o conceito jurídico de vida.

Quando o direito civil, pelo **artigo 4º** do código, preceitua que "a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro", **com coerência estabelece que no plano das relações interpessoais** é necessário que haja o nascimento, com vida, para que a **bilateralidade**, **inerente à interpessoalidade**, possa acontecer.

Agora, **situação claramente outr**a, e advinda do significado constitucional da inviolabilidade do direito à vida, posta no **artigo 5º, caput, é assentar que a vida humana é preservada, em sua existência, desde a fecundação**.

A reflexão constitucional, como não poderia deixar de ser, põe-se em plano diverso, em plano **fundamental**, e vai responder, pontuando, o momento da existência da vida.

A reflexão civilista, particularizada no aspecto das relações interpessoais, **não da existência do ser em si**, diz do nascimento com vida a que se desencadeie aspectos negociais, familiares, sucessórios do nascido em relação a terceiros.

É por isso que o próprio Dr. Rafaello Abritta disse na sua promoção, *verbis*:

"No Brasil, aguarda-se a manifestação derradeira do Supremo Tribunal Federal"

A profª. Flavia Piovesan fez registrar que dessa resposta não se eximiu a Suprema Corte americana quando, no caso Roe v. Wade, em 1973, a partir do 3º mês de gestação marcou a existência humana: a vida (**fls. 203**).

Mencionada a profa. Flavia Piovesan reproduzo suas palavras a que **possa fazer necessário registro,** *verbis:*

"Sob o prisma da moral católica e cristã, a vida é considerada sagrada desde a concepção. No entanto, reitere-se, não há definição científica sobre o início da vida: se na fecundação, se no momento da implantação do embrião no útero; se com a formação do sistema nervoso; se a partir do 3º mês, como decidiu a Suprema Corte norte-americana no caso *Roe v. Wade* em 1973; ou se apenas com a vida extra-uterina (como, por exemplo, entende o judaísmo). Na própria história do catolicismo, constata-se que São Thomás de Aquino sustentava firmemente que o feto só adquiria alma após determinado lapso temporal – 40 dias para os fetos masculinos e um lapso temporal maior para o feto feminino.

Todas as religiões convergem no absoluto respeito ao valor da vida. Divergem, contudo, na concepção e no sentido da própria vida e no modo como valor intrínseco da vida há ser desenvolvido e potencializado.

Neste cenário, a ordem jurídica em um Estado Democrático de Direito deve manter-se laica e secular, não podendo se converter na voz exclusiva da moral de qualquer religião. Os grupos religiosos têm o direito de constituir suas identidades em torno de seus princípios e valores, pois são parte de uma sociedade democrática. Mas não têm o direito a pretender hegemonizar a cultura de uma Estado constitucionalmente laico.

Vale dizer, a temática objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade há de ser enfrentada sob as molduras constitucionais de um Estado laico, no qual todas as religiões mereçam igual consideração e profundo respeito.

Neste contexto, o termo inicial da vida humana é um fato cultural. No dizer de Alberto Silva Franco: 'é o homem quem diz o que é a vida e o que é a morte. E pode ir mudando sua definição desses termos com o transcurso do tempo... a única coisa que se pode exigir é que explicitemos as razões das opções e que atuemos com suma prudência'.

Do direito brasileiro não se extrai que o embrião seja considerado forma inicial de vida humana passível de proteção jurídica. O embrião, para o positivismo jurídica brasileiro, não é considerado pessoa, definindo o Código Civil que a personalidade civil é dada após o nascimento com vida. Ainda que a lei coloque a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, faz-se necessário esclarecer que o nascituro é aquele destinado a nascer, implantado em um útero materno."

É certo que sou, por opção religiosa, católico, como muito provavelmente a profa. Dra. Mayana Zatz e o advogado-geral adjunto Shalon Eintoss Granado, que a il. Professora menciona, por mais de uma vez, devam ter tido formação judaica que, como disse a profa. Flavia Piovesan, entende a vida só no acontecer extra-uterino, mas, *data maxima venia*, do que disse a profa. Flavia Piovesan no trecho retro transcrito, o tema como aqui tratado **nada, absolutamente nada, tem de religioso** e, portanto, não há qualquer pertinência na argumentação sobre a preservação do Estado laico.

O que desenvolvo é

a) o conceito jurídico do início da vida não se esgota no campo do direito civil;
b) o direito civil, **parte** do sistema jurídico ordenado, dado o caráter de **regulação interpessoal** no plano familiar, sucessório e negocial, que lhe é próprio, com coerência estabelece no nascimento com vida da pessoa a **aptidão a que as relações interpessoais aconteçam**;
c) o direito constitucional, também ocupa-se do tema vida, **em perspectiva diversa e fundamental** porque ao exigir sua proteção, como inviolável, expressamente no **artigo 5º**, ***caput*, considera a vida em si** e convoca o Supremo Tribunal a definir o momento do início da vida;
d) a petição inicial dessa ação, **calcada exclusivamente em fundamentos de ordem científica sustenta que vida há, desde a fecundação, para que se preserve sua inviolabilidade**;
e) não há, pois, enfoques contraditórios: enquanto no plano do direito constitucional considera-se **a vida em si**, para protegê-la desde a fecundação, no enfoque do direito civil o nascimento com vida é que enseja aconteçam as relações interpessoais;

Quanto, por derradeiro, ao questionamento que o Dr. Rafaello Abritta apresenta sobre a inconsistência da menção que fiz à inobservância do preceito constitucional, alusivo à dignidade da pessoa humana, assim posicionou-se o il. Advogado, *verbis*:

"O princípio da dignidade humana protege, inquestionavelmente, o ser humano enquanto considerado como pessoa humana, ou seja, o ser humano detentor de personalidade jurídica.

Neste sentido, o ensinamento do Professor Alexandre de Moraes, *verbis:*

'A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que o estatuto jurídico deve assegurar...' (grifou-se)

Assim, a ofensa à dignidade da pessoa humana exige a existência da pessoa humana, hipótese que não se configura em relação ao embrião *in vitro*.

> Por fim, cumpre registrar que as premissas biológicas utilizadas pelo Requerente para fundamentar sua tese não foram proferidas de modo isento sob o aspecto religioso existindo inúmeras posições em sentido diverso."

Data maxima venia é a definição do próprio prof. Alexandre de Moraes, como transcrita, que autoriza a menção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, se ela é, como diz o prof. Alexandre Moraes, "um valor espiritual e moral **inerente** a pessoa", **a inerência é ínsita à existência**, e não à personalidade civil para fins de relações de interpessoalidade que, como aqui já apresentamos, é coisa diversa.

Por fim, apresentei, sim, fundamentos **exclusivamente** científicos a estabelecer, na fecundação, a vida humana presente. Não há, nestes autos, refutar científico do que apresentado foi.

Passo, agora, a examinar a breve exposição do Dr. Manoel Lauro Volkmer de Castilho, Consultor-Geral da União. Destaco, no essencial, *verbis*:

> "Ora, se o direito à inviolabilidade do direito à vida surte seus efeitos quando a pessoa pode ser sujeito de direitos e isso corre com nascimento com vida, e se os direitos do nascituro garantidos por lei pressupõem a condição de poder nascer objetivamente, se não há nascimento com vida ou não há condições objetivas de nascer, não há direito à inviolabilidade do direito à vida por falta de pressuposto lógico necessário. Em outras palavras, não basta a existência de vida biológica para a inviolabilidade jurídica do direito à vida, em face de que não é verdadeira a afirmação do Autor da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510.
>
> Não fosse isso, a Lei nº 9434, de 1997, permite a retirada de tecidos ou órgãos ou parte do corpo humano na hipótese de *morte encefálica* o que pode não ser necessariamente o fim da vida, embora a lei não a defina juridicamente (art. 6º do Código Civil). Se a morte encefálica autoriza a morte física – por exemplo, pela retirada do coração ou outro órgão essencial – seria possível entender que houve o encerramento de uma vida com a mesma violação do direito à vida – e com muito mais razão porque, neste caso, há personalidade e há direito à inviolabilidade – mas ninguém cogitaria dessa ilação puramente lógica ante o fato certo da morte necessária. Isso mostra que a tese do Autor descansa em premissa irrazoável e desproporcional que tanto não tem amparo técnico jurídico quanto despreza a razoabilidade, sobretudo se – como é certo – os embriões inviáveis serão obrigatoriamente descartados e nunca serão sujeitos de direito podendo ao invés serem objeto ou instrumento de progresso científico e meio de desenvolvimento da cura ou minimização de males e doenças de um variadíssimo número de pessoas."

Não, o direito à inviolabilidade do direito à vida **não** surte efeitos quando a pessoa pode ser sujeito de direitos, como procurei demonstrar nos itens anteriores, deste parecer.

Repito: o direito à inviolabilidade do direito à vida traz a reflexão **à vida em si mesma**, que não se confunde com as relações interpessoais, estas sim a pressupor o nascimento com vida.

Quanto à morte encefálica que, nos termos da lei (artigo 3º – Lei 9434/97), autoriza a retirada *post mortem* de tecidos, órgãos, etc., não é correto, *data venia*, dizer-se "que a morte encefálica **autoriza** a morte física".

A morte encefálica é a morte física pelo colapso do órgão central, mas isso, por óbvio, não pode autorizar a ilação de que vida há só quando o órgão central do sistema nervoso, ou todos os órgãos estejam aperfeiçoados.

Eis porque fixei, na inicial, que a vida humana acontece **na, e a partir da**, fecundação.

A inviolabilidade do direito à vida preserva a vida **tanto na dinâmica do ciclo geracional – a vida em si -, quanto na dinâmica do ciclo relacional: a vida interpessoal.**

Pelo Ministério da Saúde, a advogada da União, Dra. Aline de Oliveira centra-se na tese já aqui enfrentada. Disse, a propósito, *verbis*:

> "Entretanto, não obstante a validade de tais observações, o ponto principal é a ausência de tutela do embrião pré-implantado, seja em âmbito civil ou no penal. Conforme expõe Heloísa Helena Barboza:
>
> ...não há atualmente no Direito brasileiro, disciplina legal quanto ao embrião humano, na medida em que, pelas razões expostas, tanto o Código Civil de 1916, quanto o de 2002, contêm dispositivos que parecem aplicáveis apenas ao nascituro, ou seja, ao ser concebido e já em gestação no útero da mulher.
>
> Contudo, as considerações da Professora Heloísa Helena Barboza deram-se antes da promulgação da Lei de Biossegurança, por conseguinte, pode-se afirmar que, no momento atual, existe tratamento legislativo, no Brasil, sobre a temática. Sob essa ótica, o artigo 5º da Lei nº 11.105, de 2005, adotou a teoria *da diferenciação parcial*, significando que o 'embrião é 'ser humano', mas ainda não 'homem-pessoa', merecendo tutela jurídica inferior a esse...'. Pois, em face das limitações impostas pela citada lei – utilização apenas para fins de pesquisa e terapia; somente embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos – o legislador pátrio não admitiu a tese da *diferenciação total*, que concebe o embrião como 'simples coisa', sendo total sua disponibilidade, 'o que possibilita sua produção em proveta para quaisquer finalidades de pesquisa ou experimentação, genética ou não, bem como a utilização de fetos abortados em cosméticos ou na indústria'."

Portanto, a Dra. Aline com todas as letras, e valendo-se do pensamento de Heloísa Helena Barboza, concluiu que "o embrião é ser humano, mas ainda não homem-vida, merecendo tutela jurídica inferior a esse".

Ora, **se ser humano existe, se o embrião é ser humano, não se pode estabelecer gradação constitucional ao conceito de inviolabilidade da vida**.

A inviolabilidade da vida **concede tutela completa, desde que exista o ser humano.**

Sob este prisma, injurídico, *data venia*, falar-se em "tutela jurídica inferior".

A Dra. Aline de Oliveira não pode deixar de registrar que, *verbis*:

> "Sendo assim, a existência de embriões congelados é uma realidade no Brasil, o problema que se apresenta é o destino dos mesmos após determinado período de congelamento, na medida em que a maioria dos casais, principalmente aqueles que conseguem gravidez com embriões a fresco, e muitas vezes gestações múltiplas, não demonstram interesse em descongelar e transferir os embriões. Raramente autorizam a doação destes a outros casais, e são inadimplentes, com as taxas de manutenção. Observam-se, atualmente, centenas de embriões, talvez milhares, abandonados em clínicas de FIV, sem destino definido."

Então, **para contornar a insensibilidade humana**, que não autoriza a doação dos embriões humanos a casais que não possam ter filhos, para adotá-los, **ou para evitar a inadimplência com as taxas de manutenção** dos embriões congelados, a vida humana é sacrificada.

Nesse quadro, destaco essa consideração da Dra. Flávia Piovesan, *verbis*:

> "Quanto ao Direito alemão, mencionado às fls. 08 e seguintes da exordial, ainda que a legislação alemã considere o embrião fecundado como vida humana passível de proteção jurídica sendo nacionalmente proibida a investigação científica com células-tronco embrionárias, é permitido importar embriões para este fim – o que traduz a incoerência do sistema jurídico."

Pode, até traduzir incoerência do sistema jurídico, mas considero que tal quadro normativo espelha, sem dúvida, viés hegemônico dos países desenvolvidos que, aos seus, amplamente protege-os, até porque, ainda que se trate de comércio internacional de vidas, países há que se sujeitam, como sempre, ao fornecimento da matéria-prima.

Em etapa de encerrar, e o faço ratificando razões já dispostas, e acrescentando outras, digo:

O Supremo Tribunal Federal, na sua missão precípua de guardião da Constituição Federal (**artigo 102**), presente o direito escrito à **inviolabilidade da vida humana (artigo 5º)**, como **expressão do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III)**, é convocado, como diz Canotilho, em "sua atividade **concretizadora de densificação dos preceitos consagradores de direitos fundamentais** de forma a possibilitar a sua **aplicação imediata**, designadamente nos casos de ausência de leis concretizadoras"[9] a definir o início da vida humana.

Ficam, de plano e por certo, **afastadas** as afirmações de que se tem diante controvérsia de cunho moral, ou cultural, ou religioso.[10].

Igualmente, o tema da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, onde se materializa aquela convocação à Corte Suprema, **em nada macula a laicidade** do Estado brasileiro. Rememorando Gomes Canotilho: "Para além dos **momentos emocionais** que o laicismo republicano transporta pode dizer-se que ele assenta principalmente em três princípios: **secularização do poder político, neutralidade do Estado perante as Igrejas e liberdade de consciência, religião e culto**".[11]

Ora a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, sustenta, com fundamentos exclusivamente científicos, que o início da vida **dá-se na, e a partir da, fecundação**.

Fecundado o óvulo da mulher pelo espermatozóide do homem surge **célula outra, nova**, - **o zigoto** –, que nesse instante e a partir desse instante, **por dinâmica própria, começa a se movimentar, dinamizando-se** em divisão celular (**2 células** do 1º ao 2º dias; **4 células** no 3º dia; **8 células** no 4º dia) até que por volta do 9º dia chega ao útero materno, onde é acolhido. Esse dinamismo vital e próprio acontecido na, e a partir da, fecundação **caracteriza o ser humano único e irrepetível**, porque a célula vital – o zigoto – é **totipotente**, ou seja, **por si próprio, e não por qualquer mecanismo materno, ou paterno, inicia as etapas de seu desenvolvimento**.

Certo o útero materno o acolhe, como vimos, **em etapa subseqüente,** como em **etapa subseqüente** a essa também se inicia a formação dos sistemas, mas a fonte primeira – **o zigoto – porque existente** é que a tudo isso propicia.

A própria Profa. Lygia da Veiga Pereira, em escrito publicado no jornal "O Globo" de 19.04.07 – "Precisamos de lei e vigilância" –, não pode deixar de reconhecer que

> "O nosso desafio é desenvolver as pesquisas com **embriões humanos de forma ética** – se por um lado não considero aquele embrião de cinco dias equivalente a uma pessoa, nem a um feto, **também não o considero somente um conglomerado trivial de células**" (grifei)

Se o embrião é humano, dí-lo como visto a própria Profa. Lygia da Veiga Pereira, porque "não é um conglomerado trivial de células", como legitimar-se seja eliminado?

A eliminação da vida humana na etapa embrionária, por certo, não é eticamente aceitável.

Uma palavra sobre os embriões congelados, que assim o estejam por mais de três (3) anos, nos termos do artigo impugnado.

---

[9] Direito Constitucional – 4ª edição – pg. 475/6

[10] Profs: Débora Diniz e Stevens Rehen – Folha de S. Paulo de 20.4.07 – pg. A 19 e O Globo de 8.4.07 – pg. 38

[11] obra citada – pg. 410 – grifos do Autor

A Profa. Alice Teixeira Ferreira, na audiência pública, demonstrou que em nosso País, a menina Alissa é embrião congelado por 6 anos. Nos Estados Unidos vivem, hoje, crianças, embriões humanos congelados por 7, 9 e até 13 anos. A Profa. Alice Teixeira não foi refutada.

Nesse prisma – congelamento de embriões humanos – na verdade **não há, no Brasil, por absoluto menoscabo governamental**, estatística confiável a que se saiba o número exato de embriões congelados. O Ministério da Saúde, **silente durante todo o espaço reservado pela mídia à cobertura da audiência pública**, não se sabe se tem, ou mantém, atualizado cadastro das clínicas de reprodução assistida, com o registro diuturno dos embriões fecundados, quanto à ascendência e destino dado a essas vidas. Abre-se, **nesse grave quadro de omissão governamental**, espaço ao escabroso comércio de vidas humanas.

Os embriões congelados, que assim permanecem em nosso País – **e, insistimos, não se tem a menor idéia de quantos são, nem que idade têm –, têm o destino ético inquestionável** como fruto da **adoção** por casais estéreis, que os desejem, ou de implantação no útero da própria mãe que, tempos após e superadas angústias passadas, decida desenvolver a vida presente.

Não se sustenta, portanto, a afirmação do Prof. Radovan Borojevic que, **expressamente admitindo que a vida começa no momento da fecundação**, disse:

> "**A vida começa no momento da fecundação. E essa é uma posição biológica**, não tem nada de espiritual ou ética – sustenta –. Mas acho que as pesquisas (com células-tronco de embriões humanos) podem ser feitas na medida em que se considera que aquele embrião não é mais viável, ou seja, não tem potencial para gerar um novo organismo, que é o caso dos embriões previsto na lei".[12]

Quanto ao fundamento, desenvolvido pela Profa. Mayana Zatz, e também apresentado na matéria jornalística produzida pelo jornal O Globo, segundo o qual se a vida termina com a morte cerebral, o início da vida, então marcar-se-ia com o procedimento de formação do sistema nervoso central – "a partir da segunda quinzena de gestação" –, tem-se diante claro sofisma.

É que a vida humana, **única e irrepetível, todavia não é linear**, de sorte que sejamos todos nós, mulheres e homens, vistos como no traçado imperturbável de uma linha reta.

A vida humana não é assim.

Complexa, surpreendente, imprevisível não permite que, nos diversos momentos de sua cronologia, seja estabelecido como verdade uniforme dado normativo posto ao reconhecimento de seu fim como a açambarcar o seu início que, por ser **complexa, surpreendente, imprevisível, dota-se de parâmetros próprios a cada etapa do seu ser.**

Por derradeiro, recente **Portaria** da Coordenação do Sistema Nacional de Transplante do Ministério da Saúde, a **Portaria nº 487, de 2 de março de 2007**, dispondo sobre a remoção de órgãos e/ou tecidos **de neonato anencéfalo** para fins de transplante ou tratamento, **abandona** o critério da morte encefálica no caso da pessoa anencéfala substituindo-o pelo diagnóstico de parada cardíaca irreversível (leia-se: **artigo 1º**, da Portaria 487/07).

Derradeira palavra sobre a liberdade de pesquisa e o direito à saúde, como valores a se contraporem à inviolabilidade da vida e à dignidade da pessoa humana.

Na verdade, **não há contraposição de valores.**

A declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º, da Lei 11.105, significa, tão somente, o **impedimento de uma e única linha de pesquisa**: aquela que se vale de embriões humanos.

Permanece amplíssimo o horizonte de pesquisas com as chamadas células tronco "adultas", nome esse, "adultas", inadequado, **visto que o cordão umbilical** é fonte de pesquisa nessa diretriz.

---

[12] O Globo de 8.4.07. pg. 38

E mais: como assentado na audiência pública com as células tronco adultas, hoje, **75 (setenta e cinco)** moléstias degenerativas já vem sendo tratadas, e **resultados positivos, ainda que parciais, acontecem.**

Recentemente, equipes de cientistas italianos, americanos e japoneses detectaram a possibilidade real de, **no líquido aminiótico**, encontrarem-se células pluripotentes (Term Amniotic Membrane is a high throughput source for multipotent Mesenchymal Stem Cells with the ability to differentiate into endothelial cells in vitro: Alviano F. *et allii:* Departament of Histology, Embriology and Applied Biology – Universitty of Bologna – Italy: *alvifrane libero. it).*

E bem recentemente, no mês de junho passado, pesquisadores da Universidade de Harvard (Prof. Konrad Hochedlinger); do Instituto Whitehead em Massachussets (Prof. Rodolf Jaenish); e da Universidade de Kyoto (Prof. Shinya Yamanaka) anunciaram a produção de estruturas semelhantes às células-tronco embrionárias, sem o recurso ao embrião.

Portanto, o impedir-se seja desenvolvida **uma e única linha de pesquisa**, que sacrifica a vida humana, **mantido em aberto o amplíssimo espectro de pesquisas em vertentes várias, por óbvio corresponde a conclusão que perfeitamente atende a ponderação de bens.**

Concluo com trecho de belíssimo artigo de Mauro Santayana, publicado no Jornal do Brasil de 25 de abril de 2007, intitulado: "O recomeçar do mundo".

> "Em passagem do Grande Sertão: Veredas, Guimarães Rosa faz seu personagem maior, Riobaldo, ajudar uma sertaneja no parto. O guerreiro descreve a tapera da mulher com sua pobreza, e diz que tudo o que ali havia não dava para encher uma caixa de fósforo. Alto eu disse, no meu despedir: Minha Senhora Dona: um menino nasceu – o mundo tornou a começar!... - e saí para as luas"

APÊNDICE

Estrelas-guia

Claudio Fonteles

A jornalista Adriana Dias Lopes, na edição da revista Veja do dia 15 de agosto passado, a propósito da menina Marcela de Jesus Galante Ferreira, faz desfilar expressões como "a menina sem estrela" (título da matéria); "cruel anomalia congênita"; "jamais ter sentido o toque das mãos da mãe"; "resignação própria de católicos fervorosos"; "Marcela não viverá muito mais"; e conclusiva: "Casos como o de Marcela certamente seriam incluídos nos protocolos de eutanásia na Holanda, diz o pediatra alemão Roberto Wüsthof. Não faz sentido ser diferente. É como se ela fosse um computador sem processador".

Aí está: "É como se fosse um computador, sem processador".

Esta é a frase, matriz eloqüente de setores empresariais, políticos e midiáticos, que querem impor o *stablishment* mecanicista. O *stablishment* que reduz a vida humana a algo aferível, coletiva e funcionalmente: "não faz sentido ser diferente". Todos nós devemos conformarmo-nos ao padrão ditado pela eficiência, que produz ganho quantificado.

Nessa sociedade, informatizada por tais pilares, o pobre, o deficiente, o velho não contam.

À observação de Cacilda, mãe de Marcela, a dizer: "Minha filha é muito carinhosa. As pessoas ficam tão encantadas com ela que não ligam para o formato de sua cabecinha", a jornalista Adriana Dias Lopes sentencia, definitivamente: "As reações esporádicas de Marcela aos afagos da mãe, como um meio sorriso que esboça vez por outra, são resultados de reflexos involuntários que não precisam necessariamente passar pelo cérebro".

A vida humana, única e irrepetível, não se mensura em economia de escala, não é linear, de modo que sejamos todos nós, mulheres e homens, embriões, fetos, crianças, velhos, vistos como no traçado imperturbável de uma linha reta.

A vida humana não é assim.

Complexa, surpreendente, imprevisível não permite que seja aprisionada na pura sistematização racionalista.

Complexa, surpreendente, imprevisível traça na história o marco de seu ineditismo.

"Foi para a liberdade, que eu vos fiz livres", ou seja, temos todos em nós o chamado à transcendência – movimentar-se para o alto -, rompendo com os esquemas traçados pela mentalidade egocêntrica, hoje tão em voga.

Ontem, dia 19 de agosto, brasileiras e brasileiros, irmãs e irmãos das Américas, atletas todos do Parapan, encerraram uma semana de eloqüente demonstração no sentido de que a deficiência, no ser humano, não se constitui em óbice, porque viver é ultrapassar limites: "foi para a liberdade, que eu vos fiz livres".

A Marcela, jornalista Adriana Dias Lopes, é mesmo uma "menina sem estrela", porque ela, e todos os que são, sob as mais variadas justificativas, ou estão, mutilados, deformados são, todos, ela e eles, estrelas-guia para os que ainda conseguem admirar, conseguem comover-se, conseguem ser livres para a liberdade.

Direitos Humanos, Legitimidade e Constitucionalismo[1]

Diogo de Figueiredo Moreira Neto*

"...os direitos humanos passam a se converter em autênticos direitos morais*, no sentido de que encontram na consciência moral, no imperativo categórico e na própria dignidade do homem o seu fundamento. Os direitos humanos deixam de ser "direitos jurídicos", ainda que a expressão possa ser considerada um pleonasmo, para adquirir a sua dimensão ética e axiológica, pois o sistema do direito positivo não pode lhes dar nascimento nem existe um mundo jurídico supra-sensível do qual possam derivar."*

Ricardo Lobo Torres[2]

1. A SOCIOLOGIA DA ERA DA COMUNICAÇÃO

DA PIRÂMIDE À REDE

Nenhuma invenção permeou tão profunda e rapidamente a vida das sociedades humanas quanto à comunicação; desde o aparecimento da linguagem, passando pelo surgimento da escrita, da imprensa, do rádio e televisão, até os processos eletrônicos de processamento e transmissão de dados, foram sucessivas revoluções em todas as esferas de atividade humanas.

Embora a tecnologia não determine a sociedade, nem a sociedade determine a transformação tecnológica, ela está incorporada à vida e à transformação da sociedade, que, por isso, *"não pode ser representada ou entendida sem suas ferramentas tecnológicas"*[3].

Por outro lado, é inegável que a atuação organizada do Estado, como a mais importante das instituições de expressão cratológica, tem sido importantíssima no fomento (ou na repressão) das forças sociais que se ocupam do desenvolvimento tecnológico, e tal fato pode ser constatado na revolução tecnológica em curso, que se originou e difundiu-se *"em um período histórico de reestruturação global do capitalismo"*, pois que tal processo é também uma *"transformação informacional"*.[4]

Como não poderia deixar de ocorrer, essa transformação retroage sobre as próprias estruturas sociais, levando-as a mimetizar o mesmo desenho da *rede informacional* que passou a cobrir o planeta. Assim é que os processos sociais já não mais fluem conectados linearmente, sob a lógica de uma comunicação hierarquizada, transmitida em forma de pirâmide, o que se afeiçoava e servia de conveniente modelo a uma disposição estamentária das sociedades, mas, distintamente, interconexionam-se, organizados em *redes*, o que delas faz, na tersa expressão de MANUEL CASTELLS, o sociólogo catalão justamente reputado como o grande estudioso desta transformação em curso, *"a grande morfologia social de nossas sociedades"* e, por isso, *"fonte de drástica reorganização das relações de poder"*.[5]

---

[1] Publicado originariamente na obra coletiva ***Direitos Fundamentais, Estudos em Homengem ao Professor*** RICARDO LOBO TORRES (organizada por DANIEL SARMENTO e FLÁVIO GALDINO, Rio de Janeiro, Renovar, 2006).

* Professor titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito Cândido Mendes do Rio de Janeiro, professor de Direito Administrativo da PUC/RJ, advogado e consultor.

[2] RICARDO LOBO TORRES. ***Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário***, Vol. III, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 1999, p. 60.

[3] MANUEL CASTELLS. ***A Sociedade em Rede***, 1º volume da trilogia ***A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura***, Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra, 1999, ps. 24 e 25.

[4] *Op. cit.*, p. 31.

[5] *Op. cit.*, ps. 496 e 498.

Nessa nova configuração se presencia a paulatina transferência de poder de instituições que se situavam nos sucessivos estratos da pirâmide social, inclusive as estatais, para aquelas específicas instituições que ocupam hoje as conexões que ligam as redes.[6]

Essa profunda repercussão da nova morfologia social sobre as tradicionais construções cratológicas atingiu em cheio o Estado contemporâneo, abalando-lhe a "*estrutura organizativa unitária, de vontade unitária e de ação unitária*", a ponto de MASSIMO SEVERO GIANNINI, um dos mais eminentes pensadores do direito público do século vinte, haver observado, na década de oitenta, que essa concepção não é mais exata, pois "*a construção dada ao Estado, sobretudo pela doutrina alemã, e depois recebida em toda a Europa continental não responde à realidade vigente, porque o Estado não age mais unitariamente, como, ao contrario, atua através de ente público menor*"[7], ao que se poderia ajuntar... ou até de um ente privado.

Esse admirável prenúncio do processo, que o grande Mestre peninsular denominou de *desagregação da organização do Estado*[8], logo se robusteceria com sua iminente aceleração. Efetivamente, em menos de duas décadas de publicada essa impressionante afirmação, haviam proliferado, além de todas as expectativas, inúmeras entidades e órgãos constitucionalmente independentes, administrativamente independentes e até dotados de atividades normativas independentes, confirmando a prenunciada transformação do Estado contemporâneo, em todas as latitudes e quadrantes, de uma tradicional, definida e limitada partição de *"poderes" funcionais*, típicas de uma organização uniclasse ou biclasse, voltada ao atendimento de estamentos dominantes, em um inovador, variado e ilimitado *mosaico de funções*, próprias de uma organização pluriclasse, por isso, vocacionada ao atendimento de uma sociedade pluralista.[9]

SABINO CASSESE, epígono de renome do Mestre romano de "La Sapienza", em estudo bastante recente (2003), retoma o tema dessa "*figura organizativa em rede*", que vai sendo assumida pelo poder público contemporâneo, para acrescentar um importante dado funcional ao morfológico, que vem a ser a passagem da atuação de *subordinação* à atuação de *colaboração*, e até recordando que o eminente antropólogo BRONISLAV MALINOWSKI já identificava exitosos precedentes da figura organizativa em rede, caracterizada pela independência recíproca e pela concorrência de autoridades, na Alta Idade Média e no Império Colonial Inglês.[10]

O *comando único*, este vetusto conceito que remonta ao surgimento do modelo renascentista do Estado-nação, com sua nítida hierarquização de órgãos e funções, que não tem mais sentido em uma organização em rede, que deve ser muito mais apropriada para detectar, acolher, processar e atender demandas pluralistas das sociedades alumbradas pelas luzes da explosão das comunicações, aos poucos se desagrega em *plúrimos centros de comando*, distribuídos em vários níveis decisionais, guardando entre si relações de *coordenação* e, apenas quando atribuídos, cometimentos de *controle recíprocos*.

---

6 Serve de exemplo o poder das conexões financeiras que, por sua vez, assumem o controle das conexões da mídia, que, por seu turno, vão influenciar as conexões políticas (op. cit. p. 499).

7 MASSIMO SEVERO GIANNINI. ***Trattato di Diritto Amministrativo***, Vol. I, Pádua, 1988, p. 81.

8 O pressagioso título atribuído ao Capítulo 15 da obra supra-referida é quase autoexplicativo: "*Lo Stato come organizzazione disaggregata*" (*op. cit.*, p. 81).

9 No Brasil, no mesmo ano de 1988, a nova Constituição outorgava *independência constitucional*, além dos tradicionais três conglomerados funcionais dos denominados "Poderes do Estado", aos Tribunais e Conselhos de Contas (art. 70 a 75) e aos entes e órgãos exercentes das Funções Essenciais à Justiça (art. 127 a 135).

10 SABINO CASSESE. *Lo Spazio Giuridico Globale*, Roma-Bari, Ed. Laterza, 2003, Capítulo II, os, 21 a 26, oferecendo, ao final do Capítulo, uma fornida bibliografia sobre o fenômeno das redes nas organizações políticas e administrativas.

ÉTICA, PODER E CONSENSO

No antigo quadro organizacional caracterizado pela solidão cratológica do Estado, existindo com sua concentração monopolística de poderes, era o positivismo jurídico que informava o conteúdo e os limites das três funções básicas do Estado.

Assim, o Legislativo deveria esgotar em suas disposições a dicção dos valores legais, nada restando, nem às demais fontes derivadas, nem aos intérpretes, nem aos aplicadores, senão descobrir a *mens legis*.

Por sua vez, o Executivo, embora sem flexibilidade para considerar quaisquer outros valores que não os legislados, ainda que fosse para moderar sua atuação, poderia, não obstante, como herança absolutista, dilatá-los pela invocação de conceitos indeterminados, como o do interesse público e o das razões de Estado.

Finalmente, o Judiciário ficava com a atribuição de último, mas ainda limitado intérprete da lei (*la bouche de la loi*), um cômodo papel que desresponsabilizava os juízes de realizar a justiça, bem como das conseqüências de suas decisões.

No novo quadro organizacional, ora caracterizado pela desmonopolização e pelo compartilhamento de poderes entre a sociedade e o Estado, desvencilhado das amarras morais do positivismo jurídico, uma nova concepção do Direito ilumina as mesmas funções.

O Legislativo, perde o monopólio da legislação setorial para exercer, com maior vigor e muito maior importância, o monopólio da política legislativa, o que faz através do emprego de normas gerais e da deslegalização[11], em que se pretende preservar, antes que a *mens legis*, a *mens juris*, como expressão dos valores constitucionalmente agasalhados.

O Executivo, embora perdendo a sua antipática herança autocrática, a de se valer do onímodo postulado da supremacia do interesse público e das abjetas razões de Estado, sempre usada para forcejar a dilatação de seu espaço de legalidade, ganha, por outro lado, vantajosamente, uma significativa ampliação e flexibilização de suas jurídicas alternativas de escolha administrativa com a redefinição de seu papel de ponderação de valores, todas as vezes que deva atuar na fixação de conceitos jurídicos indeterminados, no emprego da discricionariedade e, sobretudo, no exercício da regulática nos setores deslegalizados.

Finalmente, ao Judiciário, superando a atribuição de intérprete final da *lei* para voltar a ser o que jamais deveria deixar de ter sido, e como se manteve na tradição anglo-saxônica, o intérprete final *do direito*, cumpre-lhe, nessa elevada função, encerrar as cadeias de interpretações atributivas de valor adotadas pelos operadores jurídicos, recuperando a função, que também jamais deveria ter perdido: a de guardião da justiça e dos valores jurídicos da sociedade.

Com efeito, os valores *nascem* na sociedade e é nela que se solidificam e ganham vigência, não cabendo às casas legislativas, sejam as locais, sejam os parlamentos nacionais ou os internacionais, senão recolhê-los e adotá-los nas leis de sua feitura. Isso porque a política tem limites: as instituições legiferantes, no Estado Democrático de Direito, não mais podem se arrogar o papel de preceptoras de uma nação, a pretexto de nela recolherem a "voz do povo", porque se encontram contidas por um tríplice balizamento das Constituições: o da sua *nomologia* positivada, o de sua *tradição histórico-cultural* e, sobretudo, o dos *valores universais*.[12]

---

[11] A *deslegalização* também é referida como *delegificação*, para os que a preferem na tradução direta da expressão italiana.

[12] Por esta razão, uma vez que na democracia tudo tem limite, inclusive o que deva ser uma decisão política, as Constituições dos Estados Democráticos de Direito devem dar respostas de valor, com *significado político*, suscetível, portanto, de serem mantidas pelos processos de controle de constitucionalidade, como se retira de conclusão de recente trabalho de ROBERT ALEXY, que veio à luz em 2003, sob o título ***Os Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático***, publicado na coletânea ***Neoconstitucionalismo(s),*** coordenada por MIGUEL CARBONELL (Madri, Ed Trotta, ps. 31 a 47).

É dentro desse quadro organizacional assim debuxado que se vai orientando hodiernamente o desenvolvimento dos poderes públicos, no qual têm ampla oportunidade de se revelarem novas dimensões do *consenso*, tanto o ativo, aquele manifestado, como o passivo, o que é tácito, mas ambos igualmente importantes para a *legitimação* do poder, como adiante se exporá com mais detalhe, mas, sobretudo, ambos sumamente importantes para criar uma cultura de *interdependência recíproca*, que, entre outros desdobramentos, se apresenta na institucionalização da *solidariedade* e do *controle*, valores decisivos para sustentar a hegemonia alcançada pelos *direitos humanos* na Política e no Direito, como ciências e artes do poder.

Primeiramente, com relação à *solidariedade*, como valor individual ou social, do estoicismo clássico, passando pelo cristianismo e pela Revolução Francesa até as Cartas contemporâneas, eleva-a, por isso, o ilustre monografista espanhol GREGORIO PECES-BARBA, a verdadeiro *fundamento* dos direitos humanos, com ampla justificação dessa afirmação.[13]

E, a seguir, com relação ao *controle* – um valor instrumental imprescindível à realização de quaisquer outros valores no universo do poder – o que hoje se tem não é mais que uma ampliação histórica da tese de MONTESQUIEU, o qual, porque tivesse o Estado em pirâmide como modelo de trabalho, propugnava então o aperfeiçoamento de uma proto-mini-rede em seu topo, que se obteria pelo fracionamento do vértice da velha pirâmide do poder, de modo a deshierarquizar os três poderes entre si e os apresentar em situação de *interdependência*, o que viria a ser o fundamento dos *controles recíprocos*, que mais tarde seriam descritos, constitucionalmente, como um mecanismo de freios e contrapesos.[14]

2. O NOVO HUMANISMO E A LEGITIMIDADE DO PODER

GLOBALIZAÇÃO

A *globalização*, como já se tem afirmado em escritos anteriores, comporta duas linhas de compreensão: como *fato* e como *valor*.

Como *fato*, ela pode ser considerada historicamente como uma dilatação dos horizontes de interesses das sociedades humanas, o que, afinal, não é um fenômeno novo, mas, ao contrário, muito antigo, pois segue a lógica inexorável da expansão dos interesses e de sua conseqüente e inevitável instrumentação pelo poder.

Com esse sentido, ela se tem manifestado com grande nitidez em alguns períodos de intensa difusão cultural e dinamismo do poder, notadamente com a ampliação de fronteiras políticas, com o desenvolvimento dos intercâmbios econômicos ou com a propagação religiosa.

Na segunda acepção, como *valor*, há sempre o risco de se deparar com a eriçada polêmica que a acompanha a voz globalização, uma vez que, conforme os diversos ângulos de entendimento que o conceito comporta, em razão dos diferentes conteúdos valorativos que pode apresentar, ela pode ser vista com um bem ou como um mal, como um anátema ou como uma esperança para um mundo melhor.

---

[13] GREGORIO PECES-BARBA. ***Curso de Derechos Fundamentales – Teoría General,*** Madri, Ed. Universidad Carlos III, 1995, ps. 261 e ss.

[14] THOMAS COOLEY, o clássico constitucionalista norte-americano, escrevendo em 1880, depois de afirmar que *"um governo com todos os poderes concentrados"... "tem forçosamente que ser um governo arbitrário, em que a paixão e o capricho são os que provavelmente ditam a marcha dos negócios públicos, em vez da justiça e do direito"*, mostra que a **separação de poderes** confere a cada ramo do governo do país *"certa independência, que atua como um freio sobre a ação dos demais quando cometam avanços sobre as liberdades do povo, tornando assim possível estabelecer e tornar efetivas as garantias contra as tentativas de tirania. Dessa maneira têm-se os freios e contrapesos do governo, que se supõem essenciais para as instituições livres"* (***Principios Generales de Derecho Constitucional en los Estados Unidos de América,*** Buenos Aires, Ed. Jacobo Peuser, 1898, traduzido para o espanhol da 2ª edição, Cap. III – ***Distribución de los Poderes del Gobierno,*** p. 39).

Por isso é que, diante de sua irredutível ambivalência, por ser inteligível simultaneamente como *fato* e como *valor*, pode-se tratar, no fenômeno da globalização, o fato como um dado objetivo, com pouca margem para dissensos, mas mesmo o valor, embora um dado subjetivo e, assim, passível de controvérsias, também comporta ser abordado ponderadamente, de modo a que se possa destacar e avaliar as influências positivas sobre a evolução do Direito Público contemporâneo, como é o caso da afortunada emergência da temática dos *direitos humanos* no Segundo Pós-guerra.[15]

Ao lado dessa preocupação com os *direitos humanos*, ditada pelo justo receio de novas catástrofes bélicas, a segunda palavra-chave então introduzida foi a *eficiência*, uma qualidade do exercício do poder que passou a ser demandada por sociedades que ganharam consciência coletiva de seus problemas e se dispuseram a participar de suas soluções.

Essa eficiência, exigida das organizações dotadas de poder – políticas, econômicas ou sociais – passou a ser vital no processo de globalização, alçada a imperativo não só de desenvolvimento como da própria sobrevivência desses entes, inclusive dos próprios Estados, em um mundo em que as demandas não podem deixar de ser atendidas a contento: seja pelas instituições públicas, seja pelas instituições privadas.

É inegável, portanto, ante essa dupla temática, que a globalização atinge profundamente o Estado e tem influenciado fortemente as suas importantes mutações, notadamente nessa linha que poderia ser resumida como um *novo humanismo*, ou, dito de modo mais modesto e, quiçá, mais apropriadamente, como um amadurecer de *novos aspectos juspolíticos do humanismo,* em que se destaca a emergência da *sociedade*, com suas miríades de organizações secundárias, como o novo protagonista que passa a dividir com o Estado o seu arraigado e multicentenário monopólio da política, do direito e do poder.

Mas, curiosamente, como observa SABINO CASSESE, o fenômeno da globalização não é coerente, porque em vez de levar à redução do Estado, tem levado a um aumento, "*pelo menos quantitativo*", pois, como demonstra, "*Na Europa existiam depois da primeira guerra mundial, 23 estados; hoje eles já são 50. A proliferação estatal é crescente: do 1900 à metade do século apareceram mais de um Estado por ano; nos anos noventa, mais de três por ano.*" Acrescentando que o mesmo fenômeno tem ocorrido com a apropriação pelo Estado de fatias cada vez maiores do produto interno bruto desses países.[16]

A nova postura da sociedade resgatou a *cidadania*, de modo que a pessoa da era dos direitos humanos deixou de ser um *súdito* do Estado para ser um *cidadão*, com todas as novas implicações não apenas políticas, meramente de eleitor, mas econômicas e sociais, que decorrem desse novo *status*.

Entre essas novas implicações é que se renova a idéia de *legitimidade*, não como uma qualidade da lei vigente, não apenas como uma expressão ética, não apenas como o mero resultado formal da observância de processos de tomada de decisão, mas como expressão *democrática* ambivalente, portanto, formal e material.

A REFERÊNCIA LEGITIMATÓRIA DO PODER

A substância da *legitimidade* é encontrada na coleção de *valores consensuais* de uma cultura, que suporta um sistema de poder – portanto, de um *sistema juspolítico* – capaz de gerar sua própria

---

[15] Os autores costumam estabelecer este marco histórico, do final da Segunda Guerra Mundial, a que se seguiu a criação da Organização das Nações Unidas, pela Carta de São Francisco, como início simbólico da discussão a respeito dos direitos humanos, como o faz, no Brasil, VICENTE BARRETTO, ao discorrer sobre ***As raízes ideológicas da Declaração das Nações Unidas***:
"*A experiência nazi-fascista fez com que, terminada a II Guerra Mundial, os estados que se reuniram para a constituição das Nações Unidas tivessem como ponto central no estabelecimento da nova organização internacional a definição de direitos básicos com os quais estariam comprometidos na busca da paz mundial.*" (***In Ética e Direitos Humanos,*** *Aporias Preliminares*, artigo inserto na coletânea *Legitimação dos Direitos Humanos* organizada por RICARDO LOBO TORRES, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002, p. 511).

[16] SABINO CASSESE. ***Lo Spazio Giuridico Globale***, op. cit., p. 5)

estabilidade com minimização do uso da força.[17, 18] Se assim o é, a *legitimação* é, sobretudo, um *fenômeno antropológico*, indissociável do *consenso* dos grupos sociais, que consiste na verificação da concordância conjuntural e até casuística, entre os fenômenos políticos e os valores que devem suportá-lo, fenômenos esses que concernem ao *poder*, ou seja: à sua concentração, à sua atribuição, à sua distribuição, a seu acesso, a seu exercício e a seu controle.[19]

Como esse essencial *consenso* pode decorrer de vários fatores, raramente isolados e quase sempre confluentes, dessa circunstância desdobra-se um rico leque de tipos legitimatórios, que, por conveniência expositiva, podem ser classificados segundo a predominância do valor material ou do valor formal em destaque, em duas famílias: a *legitimação predominantemente material* e a *legitimação predominantemente formal*. A legitimação predominantemente *material* poderá ser *pactual, moral* e *pragmática* e a legitimação predominantemente *formal* poderá ser *processual* e *eleitoral*.

Examinem-se inicialmente os três tipos de *legitimação predominantemente material,* que se caracterizam pela existência de uma *harmonia de fundo* quanto às propostas de poder em questão em determinado grupo (ou seja, sobre a concentração, atribuição, distribuição, acesso, exercício e controle do poder).

A *legitimação pactual* resulta da *concordância* expressa, explícita ou tacitamente, do grupo social com as propostas de poder (concentração, atribuição, distribuição, acesso, exercício e controle). Essa *concordância* que agrega o grupo poderá ser motivada por fatores culturais dominantes, como poderão sê-lo os teológicos, os tradicionalistas e os ideológicos, ou simplesmente contratuais.

A *legitimação moral* é menos ampla que a consensual, pois resulta apenas de uma suficiente *coincidência* de valores no grupo social relativamente às propostas de poder em questão.

Essa coincidência pode se limitar tanto ao plano dos valores instrumentais quanto ao plano dos valores finalísticos, assumindo assim imensa variedade tipológica consoante o valor ou valores tomados como suficientes para a aceitação de uma determinada proposta de poder (concentração, atribuição, distribuição, acesso, exercício e controle).

Uma legitimação tipicamente moral é a que se funda na *confiança,* que, para ALAIN PEYREFITTE, que dedicou confessadamente vinte anos de sua vida ao estudo do fenômeno e de sua estreita relação com o desenvolvimento dos povos, constitui-se na marca distintiva das sociedades evoluídas e condição de um relacionamento profícuo e progressista entre as pessoas.[20]

A *legitimação pragmática* é a que reduz o consenso do grupo a um exercício de avaliação de *resultados* (futuros, correntes ou pretéritos) em relação às propostas de poder. Essa avaliação do grupo se concentra sobre a *eficiência* que poderá ser lograda (futuro), que está sendo obtida (presente) ou foi realizada (passado) com uma decisão a respeito de qualquer proposta de poder. Dessa característica decorre que essa modalidade é também designada de *legitimação pela eficiência*, podendo apresentar-se, conforme a referência temporal, como uma *legitimação originária* (consenso

---

[17] Conforme se discorre em obra do autor, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, ***Legitimidade e Discricionariedade***, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 4ª edição, 2ª tiragem, 2002, ps. 5 a 9.

[18] Em linha próxima, o cientista político DAVID EASTON, seguinte passagem de seu divulgado texto de conteúdo didático:
"*A legitimidade de um regime político assenta no consenso dos governados. As fontes desse consentimento são: as ideologias ou valores da sociedade (convicção moral a respeito da validade do regime, concordância entre ele e os ideais da sociedade em que funciona), a estrutura normativa do sistema instituído (crença na validade das normas instituídas pelo regime), a personalidade dos que exercem o poder (crença nas qualidades pessoais dos governantes)*." (***A crença na legitimidade***. *In* ***Curso de introdução à ciência política***, Brasília, ed. Universidade de Brasília, 1982. Vol. IV).

[19] Aprofundamentos sobre os aspectos cratológicos aqui referenciados podem ser encontrados na obra do autor, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, ***Teoria do Poder***, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

[20] ALAIN PEYREFITTE. ***La Societé de Confiance***, Paris, Ed. Odile Jacob. 1995. O autor resume sua tese na seguinte frase, posta na Introdução de sua densa obra de 556 páginas:
"*Nós nos propomos, em suma, de lançar as bases de uma* etologia comparada do desenvolvimento *econômico, social, cultural, político. Etologia quer dizer o estudo dos comportamentos e mentalidades respectivas de diferentes comunidades humanas, na medida em que elas forneçam fatores de ativação ou de inibição, em matéria de trocas, de mobilidade intelectual e geográfica, de inovação.* Etologia *- porque não se pode contentar aqui, nem com esquemas descritivos, mas reducionistas, da* etnologia, *nem das recomendações bem-pensadas, mas sem efeito, da* ética." (p. 15, n/ tradução).

quanto à escolha de poder que se fará), uma *legitimação corrente* (consenso quanto à escolha que se implementa, o que inclui o como se a implementa) e uma *legitimação finalística* (consenso quanto à eficiência lograda com o resultado alcançado).

Seguem-se os dois tipos de *legitimação predominantemente formal*, através dos quais as diferentes culturas se satisfazem em concentrar e cristalizar o consenso sobre um determinado ritual ou procedimento, com desistência de fazê-lo quanto ao conteúdo da proposta de poder que poderá dele resultar, dando, portanto, como suficiente, o atingimento do consenso sobre o instrumento a ser empregado.

A *legitimação processual* é a obtida pela realização de atos ou de seqüência de atos geralmente públicos ou semipúblicos, tidos pelo grupo como expressão de suficiente consenso validatório das decisões que deles resultarem quanto às propostas de poder que neles se contenham. Conforme a cultura, esses atos poderão ser desde simples rituais propiciatórios, passando pela observância de normas e princípios procedimentais, até as modalidades processuais mais exigentes, que demandem argumentação e motivação decisionais, inclusive quanto aos processos de subsunção e de ponderação, que devem conduzir ao resultado a ser formalmente consensualizado.

A *legitimação eleitoral*, por derradeiro, é uma variedade elaborada da modalidade anterior, que se destaca pela sofisticação e especialização dos procedimentos, de modo que através dela, pessoas ou grupos de pessoas poderão expressar específicas escolhas quanto às propostas de poder, notadamente quanto às pretensões de acesso (escolha de pessoas), podendo ser teoricamente estendido a quaisquer outras propostas de poder (escolhas de decisões). Aqui se encontra o que se pode ter como a base formal da *legitimação democrática*, que se completa com sua contraparte, a base substantiva, referida esta a valores materiais.

A REFERÊNCIA LEGITIMATÓRIA DO DIREITO

Por ser o *direito* dos povos, ele próprio, uma opção de poder, a sua expressão positiva também poderá ser contrastada em termos de *legitimidade*, daí a conveniência didática de referenciá-lo aos meios de legitimação, encontrando-se, assim, *legitimações jurídicas predominantemente materiais* e *legitimações jurídicas predominantemente formais*. seguindo tipologia acima exposta: quanto à legitimação predominantemente *material*, poderá se apresentar como um direito predominantemente *pactual, moral* ou *pragmático* e, quanto à legitimação predominantemente *formal*, poderá se legitimar tanto pela observância do *processo* como pelo método *eleitoral*. Note-se todavia, que na *órbita interna* dos Estados predomina a *legitimação democrática*, produzindo as modalidades de ordens jurídicas fundadas na *subordinação* e na *imperatividade*, ao passo que a *órbita externa* depende fortemente da *legitimação pactual e da legitimação moral,* que só podem gerar modalidades de ordens jurídicas fundadas na *coordenação* e na *consensualidade*.[21] [22]

Como ressalva, a propósito, SABINO CASSESE, os institutos democráticos, tais como os praticados na atualidade, "*não podem ser transferidos do Estado para o ordenamento global*".[23]

---

[21] Por este motivo, os autores apontam o chamado *deficit democrático* da ordem jurídica internacional, tema que suscita um vivo debate a respeito da *legitimação jurídica sem mediação do consenso* (como em SABINO CASSESE, *op. cit.*, p 10), um fenômeno que também se tem considerado no estudo do que se vem denominando de *non electoral accountability* na literatura anglo-saxônica (como em R. O. KEOHANE, ***Governance in a Partially Globalized*** *World*, artigo publicado no periódico *American Political Science Review;* nº 95, março de 2001, p. 2 e ss.).

[22] M. S. FERRARESE (***Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale***, Bolonha, Ed. Il Mulino, 2000) expõe que, à falta de instituições democráticas de âmbito internacional que possam legitimar consensualmente as ordens jurídicas, elas se vem plasmando por formas públicas emprestadas das leis vigentes em alguns países na vanguarda do Direito, mas, principalmente, pelas formas contratuais, o que tem, o autor, como indicativo da primazia da economia sobre a política no plano global.

[23] SABINO CASSESE, *op. cit.,* p. 12.

3. OS FATORES DE MUDANÇA E O NOVO DISCURSO JUSPOLÍTICO

FATORES DE MUDANÇA

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, em *suelto* comemorativo do 25º aniversário da Constituição espanhola, consigna "*três fatores que determinam a mudança radical do constitucionalismo após a segunda guerra mundial*":

1. o desaparecimento de qualquer alternativa ao princípio democrático;
2. o acolhimento da justiça constitucional concentrada com fundamento no princípio norte-americano da supremacia; e
3. a sua justificação última, que vêm a ser os *valores* combinados, do *regime democrático* com os dos *direitos fundamentais*, capazes de resistir, graças à normatividade superior da Constituição, a pressões de eventuais maiorias.[24]

Indubitavelmente, esse terceiro fator vem a ser a pedra de toque do subprocesso de *globalização política* que o constitucionalismo contemporâneo[25], tendo como exemplos flamantes a Constituição da Itália, de 1947; a da Alemanha, de 1949; a de Portugal, de 1976; e a referida, da Espanha, de 1978, vem desenvolvendo, arrimado em uma nova teoria do Direito pós-positivista, relocando valores no discurso jurídico.

Com efeito, o aporte norte-americano do princípio da *supremacia da Constituição* havia sido decisivo no mundo jurídico positivista, pois a mera subsunção formal à Constituição era, então, a qualidade suficiente para imprimir *legalidade* a toda a ordem jurídica. Mas hoje não basta essa contribuição dos *founding fathers*, pois a ordem jurídica pós-positivista passou a demandar muito mais do que uma subsunção formal e, por isso, mais do que a legalidade estrita por ela garantida: tornou-se necessário acrescentar o aporte dos juristas vintecentistas, do princípio da *força vinculante da Constituição*, que, a partir dela, imprime *legitimidade* a toda a ordem jurídica.[26]

O certo é que o novo conceito de Constituição tem permeado e mudado todo o Direito contemporâneo, mudança essa qualificada por GARCÍA DE ENTERRÍA como "*radical*", levando a muitos que versaram o tema, como UMBERTO ALLEGRETTI, RICCARDO GUASTINI e ALFONSO GARCÍA FIGUEROA, por *constitucionalização* , designar "*o processo e ao resultado da transformação do Direito causado pela Constituição*", na expressão deste último.[27]

E tão rico é o processo de *constitucionalização do Direito*, que outro grupo de monografistas não trepida em elevar o *neoconstitucionalismo* à importância de uma *nova teoria do Direito,* como o fazem LUIS PRIETO SANCHÍS, quando afirma que "*O Estado constitucional de Direito... parece reclamar uma nova Teoria do Direito*"[28], MAURO BARBERIS, fazendo a ponte entre o produto dos debates sobre o declínio do *positivismo* jurídico (iniciados por RONALD DWORKIN no início dos anos

---

[24] EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. ***La Constitución Española de 1978 como pacto social y como norma jurídica***, Madri, INAP, 2003, p. 5.

[25] Sobre o tema, de FRANCISCO RUBIO LLORENTE, ***Constitucionalismo, in Temas de Derecho Constitucional,*** tomo I, obra coletiva coordenada por MANUEL ARAGÓN, Madri, Civitas, 2005, e, com abordagem monográfica, de LUIS PRIETO SANCHÍS, a obra ***Ciência Jurídica Positiva e Neoconstitucionalismo***, Madri, McGraw Hill, 1999, e ainda o verbete "*neoconstitucionalismo",* do ***Diccionario de derecho constitucional***, México, Ed. Porrúa – UNAM, 2002, os 420 a 423, no qual vem o seguinte conceito:
"*Com o nome de neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo se alude tanto a um* modelo de organização jurídico-política ou de Estado de Direito, *como ao* tipo da teoria do direito *requerida para explicar esse modelo;*" (n/ tradução e destaques).

[26] Esta passagem é descrita e caracterizada em um dos estudos mais importantes produzidos no início dessas mudanças, de autoria de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: ***La Constitución como norma jurídica***, artigo que incluiu em obra coletiva por ele mesmo coordenada com A. PEDRIERI, denominada ***La Constitución Española de 1978***, Madri, Civitas, 1980.

[27] ALFONSO GARCÍA FIGUEROA, *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit.,* p. 163.

[28] LUIS PRIETO SANCHÍS, ***Neoconstitucionalismo(s)***, *op. cit.,* p. 131.

sessenta) e o ressurgimento dos *princípios* com força de norma, para apontá-los em conjunto como "*fundamentos da ordem jurídica*"[29] e, ainda, com SANTIAGO SASTRE ARIZA, que consigna em seu ensaio o impacto do constitucionalismo contemporâneo sobre a Ciência do Direito, que "*Sem dúvida as inovações que o neoconstitucionalismo tem causado sobre o Direito e, portanto, também na maneira de enfrentar o seu estudo, permitem que se possa afirmar que estamos em presença de um novo paradigma (com toda a força kantiana do termo) que se poderia denominar de o paradigma constitucionalista do Direito*".[30]

Em suma, os autores acima referidos, todos renomados professores de conceituadas Universidades européias, muitos deles reunidos por MIGUEL CARBONELL, no ano de 2003, em obra monográfica coletiva, especificamente dedicada ao fenômeno do *neoconstitucionalismo* e por isso várias vezes aqui citada, convergem quanto à existência dessa tríplice relação de recíproca causalidade no panorama juspolítico contemporâneo: *o novo constitucionalismo*, a *nova teoria do direito* e o *novo Estado*.[31] E é entorno dessas relações que prossegue este ensaio.

O NOVO CONSTITUCIONALISMO E O NOVO ESTADO DE DIREITO

São bem conhecidas as diferenças entre as duas grandes tradições constitucionais: de um lado, a *tradição da vertente original norte-americana*, que, à feição liberal, concebe a Constituição como uma regra mínima do jogo político e um sistema de limitação aos poderes constituídos, e de outro lado, a *tradição da vertente originada com a revolução francesa*, impregnada pelo conceito rousseauniano da *volonté générale*, que, à feição social, em linhas gerais, a concebe como um instrumento de governo, pois além de fixar as regras do jogo, introduz diretrizes políticas, econômica, sociais, jurídicas e até, por vezes, culturais, para condicionar todas as futuras decisões que devam ser tomadas pelos poderes constituídos.

Para os observadores desses câmbios, como LUÍS PRIETO SANCHÍS, "*o neoconstitucionalismo reúne elementos dessas duas tradições históricas: forte conteúdo normativo e garantia jurisdicional*"... "*Em poucas palavras o resultado pode resumir-se assim: uma Constituição transformadora que pretende condicionar de modo considerável as decisões da maioria, mas cujo protagonismo fundamental não compete ao legislador, mas aos juízes*."[32]

PAOLO COMANDUCCI, prefere enfatizar no conceito a limitação dos poderes do Estado e a proteção dos direitos fundamentais para afirmar que, "como teoria, o neoconstitucionalismo representa, portanto, "*uma alternativa com respeito à teoria juspositivista tradicional*"... porquanto esta concepção está ultrapassada por não mais refletir a situação real dos sistemas jurídicos contemporâneos, já que "*Particularmente, o estatismo, o legicentrismo e o formalismo interpretativo, três das características destacadas do juspositivismo teórico e matriz novecentista, hoje não parecem sustentáveis*".[33]

Mas, para encerrar a digressão sobre o novo constitucionalismo, é ROBERT ALEXY que, tomando como paradigma o sistema jurídico da Alemanha, alinha seis características que, segundo este autor, encontram na Lei Fundamental do País uma clara expressão: "*Se trata dos princípios fundamentais da dignidade humana (art. 1.1 LF), da liberdade (art. 2.1 LF) e da igualdade (art. 3.1 LF), assim como os princípios relativos à estrutura e os fins do Estado de Direito, democrático e social (arts. 20.1;*

---

[29] MAURO BARBERIS. ***Neoconstitucionalismo(s),*** *op. cit.,* p. 260.

[30] SANTIAGO SASTRE ARIZA. ***Neoconstitucionalismo(s)***, *op. cit.,* p. 246, citando a M. ATIENZA (***El sentido del Derecho***, Barcelona, Ariel, 2001, p. 309) e L. FERRAJOLI (***Los derechos fundamentales en la teoria del Derecho***, artigo *in* ***Los fundamentos de los derechos fundamentales***, Madri, Trotta, 2001).

[31] A referência se fez genericamente a "novo constitucionalismo", "nova teoria do direito" e a "novo Estado", porque esses movimentos ainda não receberam uma designação unânime, embora se sedimentem menções da literatura a, respectivamente, "neoconstitucionalismo", "pós-positivismo jurídico" e "Estado Democrático de Direito", e algumas variações aproximadas.

[32] LUÍS PRIETO SANCHÍS. ***Neoconstitucionalismo y ponderación judicial, in Neocontitucionalismo(s),*** *op. cit.*, ps. 126 e 127 (n/tradução).

[33] PAOLO COMANDUCCI. ***Formas de (neo)constitucionalismo: uma análise metateórica, in Neoconstitucionalimo(s),*** *op cit.,* ps. 75 e 83 (n/tradução).

28.1, aliena 1, LF)." Mas é sobre o que denomina de *nova posição dos direitos fundamentais* que o autor se debruça para identificá-los juridicamente por quatro características extremas: primeiro, os direitos fundamentais regulam com hierarquia máxima; segundo, regulam com máxima força jurídica; terceiro, regulam objetos relevantes e quarto, regulam com o máximo grau de indeterminação, esta última porque, nela enfeixando a dinâmica de harmonização das características anteriores, afirma que "*os direitos fundamentais são o que são, sobretudo através da interpretação*."

Nesse quadro constitucional (ou *neoconstitucional*, para manter não apenas as idéias como a nomenclatura desenvolvida pelos autores referidos) LUIGI FERRAJOLI, Professor de Filosofia de Direito e de Teoria Geral do Direito da Universidade de Camerino, na Itália, situa o Estado contemporâneo através da distinção entre o Estado de Direito *no sentido fraco* ou *formal*, que "*designa qualquer ordenamento constitucional em que os poderes públicos são conferidos por lei e exercitados nas* formas *e com os procedimentos legalmente estabelecidos*" e o Estado de Direito no sentido *forte* ou *substancial,* que "*designa, em câmbio, somente aqueles ordenamentos em que os poderes públicos estão, ademais,* sujeitos *à lei (e, portanto, limitados ou vinculados por ela), não só no relativo às formas, como também nos* conteúdos." O primeiro modelo, correspondendo ao que denomina *Estado legislativo de Direito*, que surge com o Estado moderno, e o segundo, o *Estado constitucional de Direito*, que aparece depois da Segunda Guerra Mundial.[34]

A ACOMODAÇÃO METODOLÓGICA DO NOVO DIREITO

Como é sabido, o Direito Romano inspirou os dois modelos do Direito Moderno: o pretoriano e o justinianeu.

O que se derivou da fase pretoriana, da velha tradição romanista, valorizava o *direito comum,* de elaboração espontânea nas sociedades, com as achegas doutrinárias e jurisprudenciais que o iluminavam e adequavam às hipóteses aplicativas, e, de modo, fundava a sua *validade* não na sua forma de produção, mas em seus intrínsecos valores de justiça, de racionalidade e de razoabilidade.

O que se derivou da fase justinianéia, da mais recente tradição romanista, valorizava o *direito legislado,* de elaboração cerebrina, e fundando a sua *validade* não mais na forma de produção, mas na *autoridade*[35] do legislador, ao qual cabia, com exclusividade e amplíssima discrição, quando não mesmo puro arbítrio, instilar os valores de justiça, de racionalidade e de razoabilidade que lhe parecessem oportunos e convenientes.

Como a tradição continental européia fosse do *direito legislado*, por óbvio, o modelo de Estado moderno, florentino e renascentista, foi este, do *direito legislado*, com suas normas postas por legisladores, que retiravam sua autoridade do próprio Estado, alcançando sua expressão máxima com as monumentais *codificações* novecentistas e com a afirmação do *princípio da legalidade* em seu sentido estrito.

A contribuição da História recente para o Direito foi, desde logo, a reaproximação desses dois grandes sistemas ocidentais: de um lado, com a vertente continental européia buscando no direito

---

[34] LUIGI FERRAJOLI. ***Passado e futuro do Estado de Direito, Neoconstitucionalismo(s)***, *op. cit.,* ps. 13 e 14 (n/tradução). O que torna o artigo sobre o Estado de Direito na perspectiva do neoconstitucionalismo mais interessante, é que o autor, depois de apontar as duas crises do modelo atual – a multiplicação dos centros de decisão e das fontes de direito fora dos Estados nacionais e o déficit democrático desses novos centros de decisão e fontes de direito – prenuncia o desenvolvimento de um *constitucionalismo sem Estado*, que poderia estar à altura dos grandes futuros desafios políticos, que não serão mais estatais, mas superestatais, de modo que "*uma Constituição não serve para representar a vontade comum de um povo, mas para garantir o direito de todos, mesmo contra a vontade do povo*" ou seja, sua destinação última será a tutela dos *direitos humanos*, neles incluídos os direitos sociais vitais (p. 28).

[35] *Veritas, non auctoritas facit legem*, sustentaria em contrário THOMAS HOBBES, no século XVII, como se encontra na tradução latina do ***Leviathan***.

anglo-saxônico os fundamentos de validade perdidos, intrínsecos à própria norma – os seus valores éticos e lógicos, e de outro lado, com a vertente anglo-saxônica redescobrindo a importância dos fundamentos de autoridade para garantir a segurança jurídica.

A globalização aceleraria o processo de modo que, trabalhando com elementos dos dois sistemas, os juristas do século vinte puderam aproveitar o notável desenvolvimento do constitucionalismo nos últimos decênios para encontrar pontos de conciliação capazes de reconstruir um paradigma contemporâneo compósito, no qual, partindo da Constituição em direção aos níveis normativos infraconstitucionais (os da lei e dos vários tipos de regulamentos), as normas encontram seu fundamento de validade na Constituição, mas, partindo da própria Constituição em direção aos níveis normativos supraconstitucionais, as normas retiram sua validade de seus próprios valores intrínsecos, de justiça e de racionalidade.

Nesse esquema, a Constituição coexiste ambivalente: com normas que nela se põem, mas são supraconstitucionais em sua essência, porque se referem às pessoas e à sociedade, como, por exemplo, as que declaram *direitos humanos*, mas, também, com normas que são tão somente constitucionais, em sua essência, estas em maior número, porque se referem ao Estado e à sua atuação, como, por exemplo, as que estruturam seus órgãos e definem suas funções.

Não por outra razão, os autores que discorrem sobre o neoconstitucionalismo e sua importância criativa, apontam-no como uma teoria do Direito em si.

Dá-se, portanto, com o novo Direito um deslocamento parcial do eixo jusnormativo do Estado – *eixo na lei* – para a sociedade – *eixo no Direito*, embora apenas no que se refere à substância dos valores da pessoa, que se querem preservados das flutuações da política legislativa.[36] Neste sentido, não se pode referir a uma deslegalização, mas a uma supralegalização dessas matérias.

Essa coexistência de níveis axiológicos no Direito, que ocorre na própria Constituição, ainda suscita problemas intricados, que precisam ser equacionados e solucionados convenientemente. É o caso do método aplicativo tradicional das regras constitucionais, o da *subsunção*, que deve conviver com o método aplicativo dos princípios constitucionais, o da *ponderação*, existindo, não obstante autores, como JUÁN JOSÉ MORESO, que sustentam que "*a ponderação é somente um passo conceptualmente prévio, que torna possível a inevitável subsunção*", pois, "*Se a aplicação do Direito consiste em resolver casos individuais mediante a aplicação de pautas gerais, então – por razões conceptuais – não há aplicação do Direito sem subsunção*" [37]

O DESLOCAMENTO DO EIXO JUSPOLÍTICO

Em razão dessa recíproca influência entre as variações do novo modelo constitucional e do novo modelo de Estado, que se tornou possível no contexto do novo Direito, cabe retirar algumas conclusões, agora, especificamente quanto ao *deslocamento do eixo juspolítico*, ocorrido a partir da referência histórica do fim da Segunda Guerra Mundial.

Com efeito, torna-se cada vez mais evidente que o eixo juspolítico se vem deslocando do *Estado*, então o único protagonista das decisões políticas substantivas, para a *Sociedade*, que ascende como novo protagonista do poder. Destarte, transforma-se o discurso político, que vem,

---

[36] RONALD DWORKIN toca nesse problema da ambigüidade da Constituição, ao indagar retoricamente "*se ela teria sido construída sobre um erro*", por ser ela, ao mesmo tempo, uma *lei*, com a aplicação integral, inclusive de suas cláusulas de interpretação, e um *repositório de valores* (em aberto) e, neste caso, se é dever de seus aplicadores interpretarem-na segundo esses valores e não segundo suas regras (***Law's Empire***, Cambridge, The Belknapp Press of Harvard University Press, 1986, Capítulo X, *passim*).

[37] JUÁN JOSÉ MORESO, ***Conflictos entre principios constitucionales, in Neoconstitucionalismo(s)***, op., cit., ps, 100 e 121.

por isso, evoluindo de um quase monólogo, impregnado de decisionismo e de *raisons d'état*, para tornar-se um diálogo, que, diferentemente, tende à argumentação objetiva e à racionalidade. E diz-se aqui haver uma *tendência*, pois o processo está em curso "*o caminho se faz ao caminhar*" e desdobram-se inúmeras sendas, conforme as regiões e os países, apresentando diferentes estádios de desenvolvimento.

Examinem-se, portanto, ao menos esquematicamente, as diferenças, entre o sistema juspolítico com *eixo no Estado* e o sistema juspolítico com *eixo na sociedade*, a partir de três destacados fundamentos: um *fundamento sociológico,* um *fundamento político* e um *fundamento jurídico.*

No fastígio da era em que o eixo estava no Estado, destacavam-se os conceitos de *coletivo estatal*, de *público estatal* e do *primado do Estado*, e, hoje, com o deslocamento do eixo para a sociedade, passaram a destacar-se os conceitos antípodas, de *coletivo social*, de *público não-estatal* e do *primado da pessoa*.

O sistema juspolítico com *eixo no Estado*, que prevaleceu desde seu modelo renascentista, chegando aos modelos de Estado de Bem-Estar e Socialista (que se apresentavam hegemônicos no século passado), assim se delineava, na linha dos três fundamentos referidos.

1. O COLETIVO ESTATAL

Quanto ao *fundamento sociológico*, toda a referência ao *coletivo* se imputava ao Estado, de modo que, ao reverso do que hoje se concebe a partir do princípio da subsidiariedade, os interesses coletivos eram primária e predominantemente pensados e equacionados em termos estatais.

2. O PÚBLICO ESTATAL

Quanto ao *fundamento político,* tudo o que fosse *público* era por conseqüência estatal, cabendo aos governos tomar as decisões correspondentes, em uma esfera de atuação inconfundível e irredutível em relação à esfera privada reservada à sociedade.

3. O PRIMADO DO ESTADO

Quanto ao *fundamento jurídico,* os *valores* que deveriam prevalecer seriam aqueles adotados pelo Estado em sua ordem jurídica e por ele ditada através de seus órgãos da soberania, que era então concebida como absoluta.

Ora, o sistema juspolítico com *eixo na sociedade*, resultante do deslocamento operado a partir do Segundo Pós-guerra e dos fenômenos renovadores acima descritos, assim fez variarem esses três fundamentos:

1. O COLETIVO SOCIAL

Quanto ao *fundamento sociológico*, toda a referência ao *coletivo* passou a se imputar primariamente à sociedade e só subsidiariamente ao Estado, de modo que os interesses coletivos passam a ser primária e predominantemente pensados e equacionados em termos privados.

2. O PÚBLICO NÃO-ESTATAL

Quanto ao *fundamento político*, com a recuperação de espaços privados para as decisões da sociedade, indevidamente absorvido nos dois antigos modelos hegemônicos, criou-se, simultaneamente, um espaço compartilhado, do *público não-estatal*, de modo que nele, conforme o caso, as decisões ora caberiam prioritariamente à sociedade ora ao Estado, abrindo-se, ainda, e este é o dado mais importante, extensas áreas coordenação da atuação

conjunta de ambas as esferas, desenvolvendo-se várias modalidades contemporâneas de colaboração e parcerias.

3. O PRIMADO DA PESSOA

Quanto ao *fundamento jurídico,* os *valores* que devem prevalecer são os vigentes na sociedade, tanto os finalísticos e permanentes, em que incluem os universais e. por isso, inalteráveis pela ordem jurídica interna dos Estados, quanto os instrumentais e conjunturais, estes, sim, a serem recolhidos e adotados pelos Estados através dos métodos democráticos.

4. CONCLUSÕES E PERSPECTIVAS - OS DEBATES:

Os debates que se terçam sobre direitos humanos e legitimidade têm apresentado algumas tônicas: a fundamentação dos direitos humanos, sua universalidade (ou universalização), sua utilidade e seu futuro.

1. FUNDAMENTAÇÃO

Por certo, a *fundamentação* parte do debate, já tão estudado, entre o positivismo[38] e o jusnaturalismo, em qualquer de suas correntes.

Mas esse debate já se vem reduzindo de importância, não só porque muitos dos temas que nele mais preocupavam, como o distanciamento em relação à ética, que se resolve ao centrar a ética jurídica do positivismo no legislador e a ética jurídica do pós-positivismo no aplicador, como porque, paradoxalmente, a conhecida crítica de NORBERTO BOBBIO, encontrada na ***Era dos Direitos,***[39] acabou por valorizar o problema pragmático e de muito maior apelo de atualidade e premência dos direitos humanos, que é o da sua real proteção...

2. UNIVERSALIDADE

Em seu precioso testemunho sobre a redação da *Carta dos Direitos Fundamentais* da União Européia, que se deu no ano de 2000, eliminando a grave lacuna de não se ter cogitado dessa declaração nem em Roma, nem em Nice, nem em Maastricht e nem em Amsterdam, GUY BRAIBANT,[40] que tomou parte extremamente ativa, como representante da França e como ilustre jurista, aborda a questão da universalização à luz das discussões que tiveram lugar na Comissão.

Depois de afirmar que certos direitos declarados naquele Diploma devem ser considerados realmente *universais*, constituindo um núcleo inderrogável, sob quaisquer circunstâncias e não importa onde, reconhece que existem direitos sociais com o valor de princípios na Carta Européia, mas que variam em função das circunstâncias locais, do nível de riqueza e do desenvolvimento de cada país.

A conclusão que retira BRAIBANT é sábia: de nada serviria pretender uniformizar a todo custo o nosso planeta quando a diversidade é um fator de equilíbrio e de paz, ainda porque essa diversidade é um valor reconhecido e protegido pela própria Carta.[41]

---

[38] RICARDO LOBO TORRES consigna a propósito que até os positivistas procuram dar respostas ao problema da fundamentação dos direitos humanos (***A legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade, in Legitimação dos Direitos Humanos,*** *op. cit* .p. 402);

[39] NORBERTO BOBBIO. ***A Era dos Direitos***, Rio de Janeiro, Ed Campus, p. 24.

[40] GUY BRAIBANT. ***La Charte des droits fondamentales de l'Union Européenne***, Paris, Ed du Seuil, 2001.

[41] *Op. cit.*, p. 68.

3. UTILIDADE

Este é o debate, como resulta da menção acima à crítica de BOBBIO, que mais possibilidades apresenta, pois é o tema político de nosso tempo. Numa era de *riscos* de toda a ordem, as sociedades de todos os quadrantes, sem importar qual a cultura e qual o grau de desenvolvimento atingido, sentem ingente necessidade das *âncoras de certeza* proporcionadas pelos direitos humanos e anseiam por um Estado de Segurança habermasiano para protegê-las (*Sicherkeitstaat*).

Mas há mais: nessa Era das Comunicações o *efeito demonstração* é muito poderoso e só pelo fato de existirem e de proliferarem as declarações de direitos humanos pelo planeta, desenvolve-se e robustece-se a *consciência* de que eles são inderrogáveis e invioláveis pelos governos. E como desde os romanos se reconhece, a *consciência da necessidade* (*oppinio necessitatis*) sempre esteve e sempre estará por trás de qualquer mudança.

4. FUTURO

Por existir hoje um consenso de que as Constituições servem mais para garantir os direitos fundamentais das *pessoas* que para atribuir e organizar poderes no *Estado*, pois este conteúdo será cada vez mais função daquele, pode-se ter uma atitude otimista quanto ao devir dos *direitos humanos*, por estar sustentado na permanente busca do progresso firmemente empreendida pelo constitucionalismo, e não apenas, note-se, dos *constitucionalismos nacionais*, pois estes continuarão a conter o que GUY BRAIBANT caracterizou como as *diferenças que são um fator de equilíbrio*, ao que se pode ajuntar, e de *enriquecimento cultural das sociedades*, mas, também, dos *constitucionalismos supranacionais*, como auspiciosamente inaugurado com a apresentação da proposta de ***Constituição para a Europa*** ao Conselho Europeu, reunido em Salônica, na Grécia, berço da democracia, em 20 de junho de 2003.

E é, exatamente, essa *consciência da necessidade* que se invoca, abrindo o Preâmbulo dessa Carta supranacional, protótipo, exemplo e esperança: a de *desenvolver os valores que sustentam o humanismo*.[42]

O extenso e árduo caminho já percorrido na teoria e prática dos *direitos humanos* é incentivo suficiente para nos alentar a prosseguir. Muito embora haja muito a avançar, por certo não há porque temer o futuro, se existe determinação. É a afirmação que nos deixou CICERO, com a imagem do malho, capaz de modelar o ferro (*Eandem incudem diu noctuque tundendo*), batendo dia e noite sobre a mesma bigorna.[43]

---

[42] *Preâmbulo*, primeiro parágrafo, ***Constituição para a Europa***, Luxemburgo, Publicações Oficiais, 2003, p. 5.

[43] CICERO, ***De oratore***, 2, 39, 162.

A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos

Flávia Piovesan*

A proposta deste artigo é enfocar os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos à luz da Constituição Brasileira de 1988, com destaque às inovações introduzidas pela Emenda Constitucional n.45/2004.

Neste sentido, primeiramente serão apresentadas as especificidades desses tratados, bem como de sua fonte – o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos. Em um segundo momento, o destaque será dado à posição do Brasil, em face dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Em seqüência, será desenvolvida a avaliação do modo pelo qual a Constituição Brasileira de 1988 tece a incorporação desses tratados, e, por fim, qual o impacto jurídico que apresentam – momento no qual serão examinados casos concretos em que esses tratados foram aplicados.

1. Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Gênese e Principiologia

Os tratados internacionais de direitos humanos têm como fonte um campo do Direito extremamente recente, denominado "Direito Internacional dos Direitos Humanos", que é o Direito do pós-guerra, nascido como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos pelo nazismo.[1]

Em face do regime de terror, no qual imperava a lógica da destruição e no qual as pessoas eram consideradas descartáveis, ou seja, em face do flagelo da Segunda Guerra Mundial, emerge a necessidade de reconstrução do valor dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional.

O "Direito Internacional dos Direitos Humanos" surge, assim, em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial e seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte dessas violações poderiam ser prevenidas, se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse.[2]

---

* Professora doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professora de Direitos Humanos dos Programas de Pós Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha); visiting fellow do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000), visiting fellow do Centre for Brazilian Studies da University of Oxford (2005), visiting fellow do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg - 2007), procuradora do Estado de São Paulo, membro do Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana e membro da SUR - Human Rights University Network. O presente artigo é baseado no livro de minha autoria Temas de Direitos Humanos, capítulo 1, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008.

1 Como explica Louis Henkin: "Subsequentemente à Segunda Guerra Mundial, os acordos internacionais de direitos humanos têm criado obrigações e responsabilidades para os Estados, com respeito às pessoas sujeitas à sua jurisdição, e um direito costumeiro internacional tem se desenvolvido. O emergente Direito Internacional dos Direitos Humanos institui obrigações aos Estados para com todas as pessoas humanas e não apenas para com estrangeiros. Este Direito reflete a aceitação geral de que todo indivíduo deve ter direitos, os quais todos os Estados devem respeitar e proteger. Logo, a observância dos direitos humanos é não apenas um assunto de interesse particular do Estado (e relacionado à jurisdição doméstica), mas é matéria de interesse internacional e objeto próprio de regulação do Direito Internacional". (HENKIN, Louis et al. *International law: cases and materials*. 3. ed. Minnesota: West Publishing, 1993. p. 375-376).

2 Na lição de Thomas Buergenthal: "Este código, como já observei em outros escritos, tem humanizado o direito internacional contemporâneo e internacionalizado os direitos humanos, ao reconhecer que os seres humanos têm direitos protegidos pelo direito internacional e que a denegação desses direitos engaja a responsabilidade internacional dos Estados independentemente da nacionalidade das vítimas de tais violações". (BUERGENTHAL, Thomas. Prólogo. In: CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. XXXI).

Ao tratar do Direito Internacional dos Direitos Humanos, afirma Richard B. Bilder: "O movimento do direito internacional dos direitos humanos é baseado na concepção de que toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos humanos de seus cidadãos e de que todas as nações e a comunidade internacional têm o direito e a responsabilidade de protestar, se um Estado não cumprir suas obrigações. O Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste em um sistema de normas internacionais, procedimentos e instituições desenvolvidas para implementar esta concepção e promover o respeito dos direitos humanos em todos os países, no âmbito mundial. (...) Embora a idéia de que os seres humanos têm direitos e liberdades fundamentais que lhe são inerentes tenha há muito tempo surgido no pensamento humano, a concepção de que os direitos humanos são objeto próprio de uma regulação internacional, por sua vez, é bastante recente. (...) Muitos dos direitos que hoje constam do "Direito Internacional dos Direitos Humanos" surgiram apenas em 1945, quando, com as implicações do holocausto e de outras violações de direitos humanos cometidas pelo nazismo, as nações do mundo decidiram que a promoção de direitos humanos e liberdades fundamentais deve ser um dos principais propósitos da Organizações das Nações Unidas".[3]

Neste cenário, fortalece-se a idéia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, isto é, não deve se restringir à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Por sua vez, esta concepção inovadora aponta para duas importantes conseqüências:

1) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional, em prol da proteção dos direitos humanos; isto é, permitem-se formas de monitoramento e responsabilização internacional, quando os direitos humanos forem violados;[4]
2) a cristalização da idéia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de Direito.

Prenuncia-se, deste modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania.

Inspirada por estas concepções, surge, a partir do pós-guerra, em 1945, a Organização das Nações Unidas. Em 1948 é adotada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela aprovação unânime de 48 Estados, com 8 abstenções.[5] A inexistência de qualquer questionamento ou reserva feita pelos Estados aos princípios da Declaração e a inexistência de

---

[3] BILDER, Richard B. An overview of international human rights law. In: HANNUM, Hurst (Editor). *Guide to international human rights practice*. 2. ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992. p. 3-5.

[4] A respeito, destaque-se a afirmação do Secretário Geral das Nações Unidas, no final de 1992: "Ainda que o respeito pela soberania e integridade do Estado seja uma questão central, é inegável que a antiga doutrina da soberania exclusiva e absoluta não mais se aplica e que esta soberania jamais foi absoluta, como era então concebida teoricamente. Uma das maiores exigências intelectuais de nosso tempo é a de repensar a questão da soberania (...). Enfatizar os direitos dos indivíduos e os direitos dos povos é uma dimensão da soberania universal, que reside em toda a humanidade e que permite aos povos um envolvimento legítimo em questões que afetam o mundo como um todo. É um movimento que, cada vez mais, encontra expressão na gradual expansão do Direito Internacional". (BOUTROS-GHALI, Boutros. Empowering the United Nations. *Foreign Affairs,* v. 89, p. 98-99, 1992/1993, apud HENKIN, Louis, et al, *International law: cases and materials*, op. cit., p. 18). Transita-se, assim, de uma concepção "hobbesiana" de soberania, centrada no Estado, para uma concepção "kantiana" de soberania, centrada na cidadania universal. Para Celso Lafer, de uma visão *ex parte príncipe*, fundada nos deveres dos súditos com relação ao Estado, passa-se a uma visão *ex parte populi*, fundada na promoção da noção de direitos do cidadão. (LAFER, Celso. *Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*, São Paulo, Paz e Terra, 1999, p.145).

[5] A Declaração Universal foi aprovada pela Resolução 217 A (III), da Assembléia Geral, em 10 de dezembro de 1948, por 48 votos a zero e oito abstenções. Os oito Estados que se abstiveram foram: Bielorússia, Checoslováquia, Polônia, Arábia Saudita, Ucrânia, União Soviética, África do Sul e Iugoslávia. Observe-se que em Helsinki, em 1975, no Ato Final da Conferência sobre Seguridade e Cooperação na Europa, os Estados comunistas da Europa expressamente aderiram à Declaração Universal. Sobre o caráter universal da Declaração, observa René Cassin: "*Séame permitido, antes de concluir, resumir a grandes rasgos los caracteres de la declaración surgida de nuestros debates de 1947 a 1948. Esta declaración se caracteriza, por una parte, por su amplitud. Comprende el conjunto de derechos y facultades sin los cuales un ser humano no puede desarrolar su personalidad física, moral y intelectual. Su segunda característica es la universalidad: es aplicable a todos los hombres de todos los países, razas, religiones y sexos, sea cual fuere el régimen político de los territorios donde rija. De ahí que al finalizar los trabajos, pese a que hasta entonces se había hablado siempre de declaración "internacional", la Asamblea General, gracias a mi proposición, proclamó la declaración "Universal". Al hacerlo conscientemente, subrayó que el individuo es miembro directo de la sociedad humana y que es sujeto directo del derecho de gentes. Naturalmente, es ciudadano de su país, pero también lo es del mundo, por el hecho mismo de la protección que el mundo debe brindarle. Tales son los caracteres esenciales de la declaración.(...) La Declaración, por el hecho de haber sido, como fue el caso, adoptada por unanimidad (pues sólo hubo 8 abstenciones, frente a 48 votos favorables), tuvo inmediatamente una gran repercusión en la moral de las naciones. Los pueblos empezaron a darse cuenta de que el conjunto de la comunidad humana se interesaba por su destino*". (CASSIN, René. El problema de la realización de los derechos humanos en la sociedad universal. In: *Viente años de evolucion de los derechos humanos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974. p. 397).

qualquer voto contrário às suas disposições, conferem à Declaração Universal o significado de um código e plataforma comum de ação. A Declaração consolida a afirmação de uma ética universal,[6] ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal, a serem seguidos pelos Estados.

A Declaração de 1948 introduz a concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos, sendo a dignidade humana o fundamento dos direitos humanos. Indivisibilidade porque, ineditamente, o catálogo dos direitos civis e políticos é conjugado ao catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais. Ao consagrar direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, a Declaração ineditamente combina o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade ao valor da igualdade.[7] Nas palavras de Louis B. Sohn e Thomas Buergenthal: "A Declaração Universal de Direitos Humanos se distingue das tradicionais Cartas de direitos humanos que constam de diversas normas fundamentais e constitucionais dos séculos XVIII e XIX e começo do século XX, na medida em que ela consagra não apenas direitos civis e políticos, mas também direitos econômicos, sociais e culturais, como o direito ao trabalho e à educação".[8]

Ao conjugar o valor da liberdade com o valor da igualdade, a Declaração demarca a concepção contemporânea de direitos humanos, pela qual os direitos humanos passam a ser concebidos como uma unidade interdependente, inter-relacionada e indivisível. Assim, partindo-se do critério metodológico, que classifica os direitos humanos em gerações,[9] adota-se o entendimento de que uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. Isto é, afasta-se a idéia da sucessão "geracional" de direitos, na medida em que se acolhe a idéia da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, todos essencialmente complementares e em

---

6 Cf. Eduardo Muylaert Antunes: "A Declaração Universal dos Direitos Humanos se impõe com "o valor da afirmação de uma ética universal" e conservará sempre seu lugar de símbolo e de ideal". (Natureza jurídica da Declaração Universal de Direitos Humanos. *Revista dos Tribunais,* São Paulo, n. 446, p. 35, dez. 1972).

7 Quanto à classificação dos direitos constantes da Declaração, adverte Antonio Cassesse: "Mas vamos examinar o conteúdo da Declaração de forma mais aprofundada. Para este propósito, é melhor nos deixarmos orientar, ao menos em determinado sentido, por um dos pais da Declaração, o francês René Cassin, que descreveu seu escopo do modo a seguir. Primeiramente, trata a Declaração dos direitos pessoais (os direitos à igualdade, à vida, à liberdade e à segurança, etc. - arts. 3º a 11). Posteriormente, são previstos direitos que dizem respeito ao indivíduo em sua relação com grupos sociais no qual ele participa (o direito à privacidade da vida familiar e o direito ao casamento; o direito à liberdade de movimento no âmbito nacional ou fora dele; o direito à nacionalidade; o direito ao asilo, na hipótese de perseguição; direitos de propriedade e de praticar a religião - arts. 12 a 17). O terceiro grupo de direitos se refere às liberdades civis e aos direitos políticos exercidos no sentido de contribuir para a formação de órgãos governamentais e participar do processo de decisão (liberdade de consciência, pensamento e expressão; liberdade de associação e assembléia; direito de votar e ser eleito; direito ao acesso ao governo e à administração pública - arts. 18 a 21). A quarta categoria de direitos se refere aos direitos exercidos nos campos econômicos e sociais (ex: aqueles direitos que se operam nas esferas do trabalho e das relações de produção, o direito à educação, o direito ao trabalho e à assistência social e à livre escolha de emprego, a justas condições de trabalho, ao igual pagamento para igual trabalho, o direito de fundar sindicatos e deles participar; o direito ao descanso e ao lazer; o direito à saúde, à educação e o direito de participar livremente na vida cultural da comunidade - arts. 22 a 27)". (CASSESSE, Antonio. *Human rights in a changing world*. Philadelphia: Temple University Press, 1990. p. 38-39). Sobre o tema, observa José Augusto Lindgren Alves que mais acurada é a classificação feita por Jack Donnelly, quando sustenta que a Declaração de 1948 enuncia as seguintes categorias de direitos: 1) direitos pessoais, incluindo os direitos à vida, à nacionalidade, ao reconhecimento perante a lei, à proteção contra tratamentos ou punições cruéis, degradantes ou desumanas e à proteção contra a discriminação racial, étnica, sexual ou religiosa (arts. 2º a 7º e 15); 2) direitos judiciais, incluindo o acesso a remédios por violação dos direitos básicos, a presunção de inocência, a garantia de processo público justo e imparcial, a irretroatividade das leis penais, a proteção contra a prisão, detenção ou exílio arbitrários, e contra a interferência na família, no lar e na reputação (arts. 8º a 12); 3) liberdades civis, especialmente as liberdades de pensamento, consciência e religião, de opinião e expressão, de movimento e resistência, e de reunião e de associação pacífica (arts. 13 e de 18 a 20); 4) direitos de subsistência, particularmente os direitos à alimentação e a um padrão de vida adequado à saúde e ao bem-estar próprio e da família (art. 25); 5) direitos econômicos, incluindo principalmente os direitos ao trabalho, ao repouso e ao lazer, e à segurança social (arts. 22 a 26); 6) direitos sociais e culturais, especialmente os direitos à instrução e à participação na vida cultural da comunidade (arts. 26 e 28); 7) direitos políticos, principalmente os direitos a tomar parte no governo e a eleições legítimas com sufrágio universal e igual (art. 21), acrescido dos aspectos políticos de muitas liberdades civis". (DONNELLY, Jack. International human rights: a regime analysis. In: *International organization*. Massachussetts Institute of Technology, Summer 1986. p. 599-642, apud LINDGREN ALVES, José Augusto. O sistema internacional de proteção dos direitos humanos e o Brasil. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, v. 46, n. 182, p. 89, jul./dez.1993). Na lição de Celso D. de Albuquerque Mello, a Declaração Universal "tem sido dividida pelos autores em quatro partes: a) normas gerais (arts. 1º e 2º, 28, 29 e 30); b) direitos e liberdades fundamentais (arts. 3º a 20); c) direitos políticos (art. 21); d) direitos econômicos e sociais (arts. 22 e 27)". (*Curso de direito internacional público*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979. p. 531).

8 *International protection of human rights*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company, 1973. p. 516.

9 A partir desse critério, os direitos de primeira geração correspondem aos direitos civis e políticos, que traduzem o valor da liberdade; os direitos de segunda geração correspondem aos direitos sociais, econômicos e culturais, que traduzem, por sua vez, o valor da igualdade; já os direitos de terceira geração correspondem ao direito ao desenvolvimento, direito à paz, à livre determinação, que traduzem o valor da solidariedade.

constante dinâmica de interação. Logo, apresentando os direitos humanos uma unidade indivisível, revela-se esvaziado o direito à liberdade, quando não assegurado o direito à igualdade e, por sua vez, esvaziado revela-se o direito à igualdade, quando não assegurada a liberdade.[10]

Vale dizer, sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto que, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos e sociais carecem de verdadeira significação. Não há mais como cogitar da liberdade divorciada da justiça social, como também infrutífero pensar na justiça social divorciada da liberdade. Em suma, todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, em que os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e interdependentes entre si.

Como estabeleceu a Resolução n. 32/130 da Assembléia Geral das Nações Unidas: "todos os direitos humanos, qualquer que seja o tipo a que pertencem, se inter-relacionam necessariamente entre si, e são indivisíveis e interdependentes".[11] Esta concepção foi reiterada na Declaração de Viena de 1993, quando afirma, em seu § 5º, que os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados.

Seja por fixar a idéia de que os direitos humanos são universais, inerentes à condição de pessoa e não relativos às peculiaridades sociais e culturais de determinada sociedade, seja por incluir em seu elenco não só direitos civis e políticos, mas também direitos sociais, econômicos e culturais, a Declaração de 1948 demarca a concepção contemporânea dos direitos humanos.

Uma das principais qualidades da Declaração é constituir-se em parâmetro e código de atuação para os Estados integrantes da comunidade internacional. Ao consagrar o reconhecimento universal dos direitos humanos pelos Estados, a Declaração consolida um parâmetro internacional para a proteção desses direitos. Neste sentido, a Declaração é um dos parâmetros fundamentais pelos quais a comunidade internacional "deslegitima" os Estados. Um Estado que sistematicamente viola a Declaração não é merecedor de aprovação por parte da comunidade mundial.[12]

Sobre a matéria, ver Hector Gross Espiell, *Estudios sobre derechos humanos*, Madrid, Civitas, 1988, p. 328-332. Do mesmo autor, *Los derechos economicos sociales y culturales en el sistema interamericano*, San José, Libro libre, 1986. Ainda sobre a idéia de gerações de direitos humanos, explica Burns H. Weston: "A este respeito, particularmente útil é a noção de "três gerações de direitos humanos" elaborada pelo jurista francês Karel Vasak. Sob a inspiração dos três temas da Revolução francesa, estas três gerações de direitos são as seguintes: a primeira geração se refere aos direitos civis e políticos (*liberté*); a segunda geração aos direitos econômicos, sociais e culturais (*égalité*); e a terceira geração se refere aos novos direitos de solidariedade (*fraternité*)". (WESTON, Burns H. Human rights, In: CLAUDE, Richard Pierre, WESTON, Burns H (Editores). *Human rights in the world community*, p. 16-17). Sobre a matéria consultar ainda A. E. P. Luño (*Los derechos fundamentales.* Madrid: Tecnos, 1988) e T. H. Marshall (*Cidadania, classe social e status.* Rio de Janeiro: Zahar, 1967).

[10] Sobre a indivisibilidade dos direitos humanos, afirma Louis Henkin: "Os direitos considerados fundamentais incluem não apenas limitações que inibem a interferência dos governos nos direitos civis e políticos, mas envolvem obrigações governamentais de cunho positivo em prol da promoção do bem-estar econômico e social, pressupondo um Governo que seja ativo, interventor, planejador e comprometido com os programas econômico-sociais da sociedade que, por sua vez, os transforma em direitos econômicos e sociais para os indivíduos". (*The age of rights.* New York: Columbia University Press, 1990. p. 6-7). No entanto, difícil é a conjugação destes valores, e em particular difícil é a conjugação dos valores da igualdade e liberdade. Como pondera Norberto Bobbio: "As sociedades são mais livres na medida em que são menos justas e mais justas na medida em que são menos livres" (*A era dos direitos.* Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 43).

[11] Sobre a Resolução n. 32/130 afirma Antonio Augusto Cançado Trindade: "Aquela resolução (32/130), ao endossar a asserção da Proclamação de Teerã de 1968, reafirmou a indivisibilidade a partir de uma perspectiva globalista, e deu prioridade à busca de soluções para as violações maciças e flagrantes dos direitos humanos. Para a formação deste novo *ethos*, fixando parâmetros de conduta em torno de valores básicos universais, também contribuiu o reconhecimento da interação entre os direitos humanos e a paz consignado na Ata Final de Helsinque de 1975". (A proteção internacional dos direitos humanos no limiar do novo século e as perspectivas brasileiras. In: *Temas de Política Externa Brasileira,* II, v. 1, 1994. p. 169).

[12] Cf. CASSESSE, Antonio, *Human rights in a changing world*, op. cit., p. 46-47. Na afirmação de Louis B. Sohn e Thomas Buergenthal: "A Declaração Universal de Direitos Humanos tem, desde sua adoção, exercido poderosa influência na ordem mundial, tanto internacional como nacionalmente. Suas previsões têm sido citadas como justificativa para várias ações adotadas pelas Nações Unidas e têm inspirado um grande número de Convenções internacionais no âmbito das Nações Unidas ou fora dele. Estas previsões também exercem uma significativa influência nas Constituições nacionais e nas legislações locais e, em diversos casos, nas decisões das Cortes. Em algumas instâncias, o texto das previsões da Declaração tem sido incorporado em instrumentos internacionais ou na legislação nacional e há inúmeras instâncias que adotam a Declaração como um código de conduta e um parâmetro capaz de medir o grau de respeito e de observância relativamente aos parâmetros internacionais de direitos humanos". (SOHN, Louis B. e BUERGENTHAL, Thomas, op. cit., p. 516).

A partir da aprovação da Declaração Universal de 1948 e da concepção contemporânea de direitos humanos por ela introduzida, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção de direitos fundamentais. Os instrumentos internacionais de proteção refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos. Neste sentido, cabe destacar que, até junho de 2006, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos contava com 156 Estados-partes; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contava com 153 Estados-partes; a Convenção contra a Tortura contava com 141 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial contava com 170 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher contava com 183 Estados-partes e a Convenção sobre os Direitos da Criança apresentava a mais ampla adesão, com 192 Estados-partes[13].

Forma-se o sistema normativo global de proteção dos direitos humanos, no âmbito das Nações Unidas. Esse sistema normativo, por sua vez, é integrado por instrumentos de alcance geral (como os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966) e por instrumentos de alcance específico, como as Convenções internacionais que buscam responder a determinadas violações de direitos humanos, como a tortura, a discriminação racial, a discriminação contra as mulheres, a violação dos direitos das crianças, dentre outras formas de violação.

Firma-se assim, no âmbito do sistema global, a coexistência dos sistemas geral e especial de proteção dos direitos humanos, como sistemas de proteção complementares. O sistema especial de proteção realça o processo da especificação do sujeito de direito, no qual o sujeito passa a ser visto em sua especificidade e concreticidade (ex: protege-se a criança, os grupos étnicos minoritários, os grupos vulneráveis, as mulheres, etc.). Já o sistema geral de proteção (ex: os Pactos da ONU de 1966) tem por endereçado toda e qualquer pessoa, concebida em sua abstração e generalidade.

Ao lado do sistema normativo global, surge o sistema normativo regional de proteção, que busca internacionalizar os direitos humanos no plano regional, particularmente na Europa, América e África. Consolida-se, assim, a convivência do sistema global – integrado pelos instrumentos das Nações Unidas, como a Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e as demais Convenções internacionais – com instrumentos do sistema regional, por sua vez integrado pelos sistemas interamericano, europeu e africano de proteção aos direitos humanos.

Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos no plano internacional. Em face desse complexo universo de instrumentos internacionais, cabe ao indivíduo que sofreu violação de direito a escolha do aparato mais favorável, tendo em vista que, eventualmente, direitos idênticos são tutelados por dois ou mais instrumentos de alcance global ou regional, ou ainda, de alcance geral ou especial. Nesta ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. Na visão de Antônio Augusto Cançado Trindade: "O critério da primazia da norma mais favorável às pessoas protegidas, consagrado expressamente em tantos tratados de direitos

[13] Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas, *Status of Ratifications of the Principal International Human Rights Treaties*, http://www.unhchr.ch/pdf/report.pdf

humanos, contribui em primeiro lugar para reduzir ou minimizar consideravelmente as pretensas possibilidades de "conflitos" entre instrumentos legais em seus aspectos normativos. Contribui, em segundo lugar, para obter maior coordenação entre tais instrumentos em dimensão tanto vertical (tratados e instrumentos de direito interno), quanto horizontal (dois ou mais tratados). (...) Contribui, em terceiro lugar, para demonstrar que a tendência e o propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos – garantindo os mesmos direitos – são no sentido de ampliar e fortalecer a proteção".[14]

Feitas essas breves considerações a respeito dos tratados internacionais de direitos humanos, passa-se à análise do modo pelo qual o Brasil se relaciona com o aparato internacional de proteção dos direitos humanos.

2. O Estado Brasileiro em face do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos

No que se refere à posição do Brasil em relação ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, observa-se que somente a partir do processo de democratização do país, deflagrado em 1985, é que o Estado brasileiro passou a ratificar relevantes tratados internacionais de direitos humanos.

O marco inicial do processo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos pelo Direito brasileiro foi a ratificação, em 1989, da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes. A partir dessa ratificação, inúmeros outros importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos foram também incorporados pelo Direito Brasileiro, sob a égide da Constituição Federal de 1988.

Assim, a partir da Carta de 1988, importantes tratados internacionais de direitos humanos foram ratificados pelo Brasil. Dentre eles, destaque-se a ratificação: a) da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; b) da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28 de setembro de 1989; c) da Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; d) do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; e) do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; f) da Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; g) da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995; h) do Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 13 de agosto de 1996; i) do Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), em 21 de agosto de 1996; j) da Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência, em 15 de agosto de 2001; k) do Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, em 20 de junho de 2002; l) do Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, em 28 de junho de 2002; m) do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados, em 27 de janeiro de 2004; n) do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre Venda, Prostituição e Pornografia Infantis, também em 27 de janeiro de 2004; e o) do Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura, em 11 de janeiro de 2007.

[14] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. In: *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, v. 46, n. 182, p. 52-53, jul./dez. 1993.

As inovações introduzidas pela Carta de 1988 – especialmente no que tange ao primado da prevalência dos direitos humanos, como princípio orientador das relações internacionais – foram fundamentais para a ratificação desses importantes instrumentos de proteção dos direitos humanos.[15]

Além das inovações constitucionais, como importante fator para a ratificação desses tratados internacionais, acrescente-se a necessidade do Estado brasileiro de reorganizar sua agenda internacional, de modo mais condizente com as transformações internas decorrentes do processo de democratização. Este esforço se conjuga com o objetivo de compor uma imagem mais positiva do Estado brasileiro no contexto internacional, como país respeitador e garantidor dos direitos humanos. Adicione-se que a subscrição do Brasil aos tratados internacionais de direitos humanos simboliza ainda o aceite do Brasil para com a idéia contemporânea de globalização dos direitos humanos, bem como para com a idéia da legitimidade das preocupações da comunidade internacional, no tocante à matéria. Por fim, há que se acrescer o elevado grau de universalidade desses instrumentos, que contam com significativa adesão dos demais Estados integrantes da ordem internacional.

Logo, faz-se clara a relação entre o processo de democratização no Brasil e o processo de incorporação de relevantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, tendo em vista que, se o processo de democratização permitiu a ratificação de relevantes tratados de direitos humanos, por sua vez essa ratificação permitiu o fortalecimento do processo democrático, através da ampliação e do reforço do universo de direitos por ele assegurado.

3. A Incorporação dos Tratados Internacionais de Proteção de Direitos Humanos pelo Direito Brasileiro

Preliminarmente, é necessário frisar que a Constituição Brasileira de 1988 constitui o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. O texto de 1988, ao simbolizar a ruptura com o regime autoritário, empresta aos direitos e garantias ênfase extraordinária, situando-se como o documento mais avançado, abrangente e pormenorizado sobre a matéria, na história constitucional do país.

O valor da dignidade humana – ineditamente elevado a princípio fundamental da Carta, nos termos do art. 1º, III – impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988, esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional.

É nesse contexto que há de se interpretar o disposto no art. 5º, § 2º do texto, que, de forma inédita, tece a interação entre o Direito brasileiro e os tratados internacionais de direitos humanos. Ao fim da extensa Declaração de Direitos enunciada pelo art. 5º, a Carta

[15] Para J. A. Lindgren Alves: "Com a adesão aos dois Pactos Internacionais da ONU, assim como ao Pacto de São José, no âmbito da OEA, em 1992, e havendo anteriormente ratificado todos os instrumentos jurídicos internacionais significativos sobre a matéria, o Brasil já cumpriu praticamente todas as formalidades externas necessárias à sua integração ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos. Internamente, por outro lado, as garantias aos amplos direitos entronizados na Constituição de 1988, não passíveis de emendas e, ainda, extensivas a outros decorrentes de tratados de que o país seja parte, asseguram a disposição do Estado democrático brasileiro de conformar-se plenamente às obrigações internacionais por ele contraídas". (*Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva/Fundação Alexandre de Gusmão, 1994. p. 108).

de 1988 estabelece que os direitos e garantias expressos na 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". À luz desse dispositivo constitucional, os direitos fundamentais podem ser organizados em três distintos grupos: a) o dos direitos expressos na Constituição; b) o dos direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta constitucional; e c) o dos direitos expressos nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil. A Constituição de 1988 inova, assim, ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada, qual seja, a de norma constitucional.

Essa conclusão advém de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.[16] A esse raciocínio se acrescentam o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais e a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais,[17] o que justifica estender aos direitos enunciados em tratados o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais. Essa conclusão decorre também do processo de globalização, que propicia e estimula a abertura da Constituição à normação internacional – abertura que resulta na ampliação do "bloco de constitucionalidade", que passa a incorporar preceitos asseguradores de direitos fundamentais. Adicione-se ainda o fato das Constituições latino-americanas recentes conferirem aos tratados de direitos humanos um *status* jurídico especial e diferenciado, destacando-se, neste sentido, a Constituição da Argentina que, em seu art. 75, § 22, eleva os principais tratados de direitos humanos à hierarquia de norma constitucional.

Logo, por força do art. 5º, §§ 1º e 2º, a Carta de 1988 atribui aos direitos enunciados em tratados internacionais a hierarquia de norma constitucional, incluindo-os no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos, que apresentam aplicabilidade imediata. A hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5º, § 2º, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Essa opção do constituinte de 1988 se justifica em face do caráter especial dos tratados de direitos humanos e, no entender de parte da doutrina, da superioridade desses tratados no plano internacional, tendo em vista que integrariam o chamado *jus cogens* (direito cogente e inderrogável).

Enfatize-se que, enquanto os demais tratados internacionais têm força hierárquica

---

[16] Para José Joaquim Gomes Canotilho: "A legitimidade material da Constituição não se basta com um "dar forma" ou "constituir" de órgãos; exige uma fundamentação substantiva para os actos dos poderes públicos e daí que ela tenha de ser um parâmetro material, directivo e inspirador desses actos. A fundamentação material é hoje essencialmente fornecida pelo catálogo de direitos fundamentais (direitos, liberdades e garantias e direitos econômicos, sociais e culturais)". (*Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 74).

[17] Sobre o tema, afirma José Joaquim Gomes Canotilho: "Ao apontar para a dimensão material, o critério em análise coloca-nos perante um dos temas mais polêmicos do direito constitucional: qual é o conteúdo ou matéria da Constituição? O conteúdo da Constituição varia de época para época e de país para país e, por isso, é tendencialmente correcto afirmar que não há reserva de Constituição no sentido de que certas matérias têm necessariamente de ser incorporadas na Constituição pelo Poder Constituinte. Registre-se, porém, que, historicamente (na experiência constitucional), foram consideradas matérias constitucionais, *par excellence*, a organização do poder político (informada pelo princípio da divisão de poderes) e o catálogo dos direitos, liberdades e garantias. Posteriormente, verificou-se o "enriquecimento" da matéria constitucional através da inserção de novos conteúdos, até então considerados de valor jurídico-constitucional irrelevante, de valor administrativo ou de natureza sub-constitucional (direitos econômicos, sociais e culturais, direitos de participação e dos trabalhadores e constituição econômica)". (*Direito constitucional*, op. cit., p. 68). Prossegue o mesmo autor: "Um *topos* caracterizador da modernidade e do constitucionalismo foi sempre o da consideração dos "direitos do homem" como *ratio essendi* do Estado Constitucional. Quer fossem considerados como "direitos naturais", "direitos inalienáveis" ou "direitos racionais" do indivíduo, os direitos do homem, constitucionalmente reconhecidos, possuíam uma dimensão projectiva de comensuração universal". (idem, p. 18).

infraconstitucional[18], nos termos do art. 102, III, "b" do texto (que admite o cabimento de recurso extraordinário de decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado), os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos detêm natureza de norma constitucional. Esse tratamento jurídico diferenciado se justifica, na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes, tendo em vista que objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados. No mesmo sentido, argumenta Juan Antonio Travieso: "*Los tratados modernos sobre derechos humanos en general, y, en particular la Convención Americana no son tratados multilaterales del tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su proprio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bién común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. Por tanto, la Convención no sólo vincula a los Estados partes, sino que otorga garantías a las personas. Por ese motivo, justificadamente, no puede interpretarse como cualquier otro tratado*".[19] Esse caráter especial vem a justificar o *status* constitucional atribuído aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.

Conclui-se, portanto, que o Direito brasileiro faz opção por um sistema misto, que combina regimes jurídicos diferenciados: um regime aplicável aos tratados de direitos humanos e um outro aplicável aos tratados tradicionais. Enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, §§ 1º e 2º – apresentam hierarquia de norma constitucional e aplicação imediata, os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infraconstitucional e se submetem à sistemática da incorporação legislativa. No que se refere à incorporação automática, diversamente dos tratados tradicionais, os tratados internacionais de direitos humanos irradiam efeitos concomitantemente na ordem jurídica internacional e nacional, a partir do ato da ratificação. Não é necessária a produção de um ato normativo que reproduza no ordenamento jurídico nacional o conteúdo do tratado, pois sua incorporação é automática, nos termos do art. 5º, § 1º, que consagra o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Observe-se, contudo, que há quatro correntes doutrinárias acerca da hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, que sustentam: a) a hierarquia supra-constitucional destes tratados; b) a hierarquia constitucional; c) a hierarquia infra-constitucional, mas supra-legal e d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal[20].

No sentido de responder à polêmica doutrinária e jurisprudencial concernente à hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a Emenda Constitucional n. 45, de 8 dezembro de 2004, introduziu um § 3º no art. 5º, dispondo: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso

[18] Sustenta-se que os tratados tradicionais têm hierarquia infraconstitucional, mas supralegal. Esse posicionamento se coaduna com o princípio da boa-fé, vigente no direito internacional (o *pacta sunt servanda*), que tem como reflexo o art. 27 da Convenção de Viena, segundo o qual não cabe ao Estado invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento de tratado.

[19] TRAVIESO, Juan Antonio. *Derechos humanos y derecho internacional*. Buenos Aires: Heliasta, 1990. p. 90. Compartilhando do mesmo entendimento, leciona Jorge Reinaldo Vanossi: "*La declaración de la Constitución argentina es concordante con as Declaraciones que han adoptado los organismos internacionales, y se refuerza con la ratificación argentina a las convenciones o pactos internacionales de derechos humanos destinados a hacerlos efectivos y brindar protección concreta a las personas a través de instituciones internacionales*". (*La Constitución Nacional y los derechos humanos.* 3. ed. Buenos Aires: Eudeba, 1988. p. 35).

[20] A respeito, ver PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 8a edição revista, ampliada e atualizada, São Paulo, ed. Saraiva, 2007, p.51-81.

Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição".

Em face de todos argumentos já expostos, sustenta-se que hierarquia constitucional já se extrai de interpretação conferida ao próprio art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988. Vale dizer, seria mais adequado que a redação do aludido § 3º do art. 5º endossasse a hierarquia formalmente constitucional de todos os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados, afirmando – tal como o fez o texto argentino – que os tratados internacionais de proteção de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro têm hierarquia constitucional.[21]

No entanto, estabelece o § 3º do art. 5º que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição.

Desde logo, há que afastar o entendimento segundo o qual, em face do § 3º do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o *quorum* qualificado de três quintos, demandado pelo aludido parágrafo.

Observe-se que os tratados de proteção dos direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004 contaram com ampla maioria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, excedendo, inclusive, o *quorum* dos três quintos dos membros em cada Casa. Todavia, não foram aprovados por dois turnos de votação, mas em um único turno de votação em cada Casa, uma vez que o procedimento de dois turnos não era tampouco previsto.

Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O *quorum* qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a "constitucionalização formal" dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. Como já defendido por este trabalho, na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas[22], e não o oposto. Vale dizer, a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela.

Não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu *quorum* de aprovação. A título de exemplo, destaque-se que o Brasil é parte da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes desde 1989, estando em vias de ratificar seu Protocolo Facultativo. Não haveria qualquer razoabilidade se a este último – um tratado complementar e subsidiário ao principal – fosse conferida hierarquia constitucional, e ao instrumento principal fosse conferida hierarquia meramente legal. Tal situação importaria em agudo anacronismo do sistema jurídico, afrontando, ainda, a teoria geral da recepção acolhida no direito brasileiro.[23]

Ademais, como realça Celso Lafer, "o novo parágrafo 3º do art. 5º pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias

---

[21] Defendi essa posição em parecer sobre o tema, aprovado em sessão do Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, em março de 2004.

[22] Celso de Albuquerque Mello, O parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal, in *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 25.

[23] A título de exemplo, cite-se o Código Tributário Nacional (Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966), que, embora seja lei ordinária, foi recepcionado como lei complementar, nos termos do artigo 146 da Constituição Federal.

suscitadas pelo parágrafo 2º do art. 5º. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que pré-existe, ao clarificar a lei existente"[24].

Uma vez mais, corrobora-se o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente ao mencionado parágrafo, ou seja, anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004, têm hierarquia constitucional, situando-se como normas material e formalmente constitucionais. Esse entendimento decorre de quatro argumentos: a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; e d) a teoria geral da recepção do Direito brasileiro.

A respeito do impacto art. 5º, § 3º, destaca-se decisão do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do RHC 18799, tendo como relator o Ministro José Delgado, em maio de 2006: "(...) o §3º do art. 5º da CF/88, acrescido pela EC n.45, é taxativo ao enunciar que "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". Ora, apesar de à época o referido Pacto ter sido aprovado com quórum de lei ordinária, é de se ressaltar que ele nunca foi revogado ou retirado do mundo jurídico, não obstante a sua rejeição decantada por decisões judiciais. De acordo com o citado §3º, a Convenção continua em vigor, desta feita com força de emenda constitucional. A regra emanada pelo dispositivo em apreço é clara no sentido de que os tratados internacionais concernentes a direitos humanos nos quais o Brasil seja parte devem ser assimilados pela ordem jurídica do país como normas de hierarquia constitucional. Não se pode escantear que o §1º supra determina, peremptoriamente, que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Na espécie, devem ser aplicados, imediatamente, os tratados internacionais em que o Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica foi resgatado pela nova disposição (§3º do art. 5º), a qual possui eficácia retroativa. A tramitação de lei ordinária conferida à aprovação da mencionada Convenção (...) não constituirá óbice formal de relevância superior ao conteúdo material do novo direito aclamado, não impedindo a sua retroatividade, por se tratar de acordo internacional pertinente a direitos humanos"[25].

Este julgado revela a hermenêutica adequada a ser aplicada aos direitos humanos, inspirada por uma lógica e racionalidade material, ao afirmar o primado da substância sob a forma[26].

O impacto da inovação introduzida pelo art. 5º, § 3º e a necessidade de evolução e atualização jurisprudencial foram também realçadas no Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 466.343[27], em 22 de novembro de 2006, em emblemático voto proferido pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, ao destacar: "(...) a reforma acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre Estados

[24] Celso Lafer, A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais, p. 16.

[25] RHC 18799, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*, data do julgamento: 09/05/2006, DJ 08.06.2006.

[26] Em sentido contrário, destaca-se o RHC 19087, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*, data do julgamento: 18/05/2006, DJ 29.05.2006, julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo como relator o Ministro Albino Zavascki. A argumentação do referido julgado, ao revés, inspirou-se por uma lógica e racionalidade formal, afirmando o primado da forma sob a substância. A respeito, destaca-se o seguinte trecho: "Quanto aos tratados de direitos humanos preexistentes à EC 45/2004, a transformação de sua força normativa – de lei ordinária para constitucional – também supõe a observância do requisito formal de ratificação pelas Casas do Congresso, por quórum qualificado de três quintos. Tal requisito não foi atendido, até a presente data, em relação ao Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos)".

[27] Ver Recurso Extraordinário 466.343-1, São Paulo, relator Ministro Cezar Peluso, recorrente Banco Bradesco S/A e recorrido Luciano Cardoso Santos. Note-se que o julgamento envolvia a temática da prisão civil por dívida e a aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos. Até novembro de 2006, oito dos onze Ministros haviam votado pela inconstitucionalidade da prisão para o devedor em alienação fiduciária, tendo sido pedida vista dos autos pelo Ministro Celso de Mello para maior reflexão sobre a revisão do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a

pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico. (...) a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE n. 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1.6.1977; DJ 29.12.1977) e encontra respaldo em largo repertório de casos julgados após o advento da Constituição de 1988. (...) Tudo indica, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente. (...) Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na odem jurídica nacional. É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano. (...) Deixo acentuado, também, que a evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição constitucional. (...) Tenho certeza de que o espírito desta Corte, hoje, mais que que nunca, está preparado para essa atualização jurisprudencial". Por fim, concluiu o Ministro pela supralegalidade dos tratados de direitos humanos.

Acredita-se que o novo dispositivo do art. 5º, § 3º, vem a reconhecer de modo explícito a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, reforçando, desse modo, a existência de um regime jurídico misto, que distingue os tratados de direitos humanos dos tratados tradicionais de cunho comercial. Isto é, ainda que fossem aprovados pelo elevado *quorum* de três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, os tratados comerciais não passariam a ter *status* formal de norma constitucional tão-somente pelo procedimento de sua aprovação.

Se os tratados de direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda n. 45/2004, por força dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição, são normas material e formalmente constitucionais, com relação aos novos tratados de direitos humanos a serem ratificados, por força do § 2º do mesmo art. 5º, independentemente de seu *quorum* de aprovação, serão normas materialmente constitucionais. Contudo, para converterem-se em normas também formalmente constitucionais deverão percorrer o procedimento demandado pelo § 3º. No mesmo sentido, afirma Celso Lafer: "Com a vigência da Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, os tratados internacionais a que o Brasil venha a aderir, para serem recepcionados formalmente como normas constitucionais, devem obedecer ao *iter* previsto no novo parágrafo 3º do art. 5º"[28].

Isto porque, a partir de um reconhecimento explícito da natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, o § 3º do art. 5º permite atribuir o *status* de norma formalmente constitucional aos tratados de direitos humanos que obedecerem ao procedimento nele contemplado. Logo, para que os tratados de direitos humanos a serem ratificados obtenham assento formal na Constituição, requer-se a observância de *quorum* qualificado de três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos – que é justamente o *quorum* exigido para a aprovação de emendas à Constituição, nos termos do art. 60, § 2º, da Carta de 1988. Nessa hipótese, os tratados de direitos humanos formalmente constitucionais são equiparados às emendas à Constituição, isto é, passam a integrar formalmente o Texto Constitucional.

---

matéria. Em 1995, diversamente, no julgamento do HC 72.131-RJ, o Supremo Tribunal Federal, ao enfrentar a mesma temática, sustentou a paridade hierárquica entre tratado e lei federal, admitindo a possibilidade da prisão civil por dívida, pelo voto de oito dos onze Ministros.

[28] Celso Lafer, *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*, p. 17.

Vale dizer, com o advento do § 3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2º do art. 5º[29]. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal.

4. O Impacto dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Jurídica Brasileira

Relativamente ao impacto jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos no Direito brasileiro, e considerando a hierarquia constitucional desses tratados, três hipóteses poderão ocorrer. O direito enunciado no tratado internacional poderá:

a) coincidir com o direito assegurado pela Constituição (neste caso a Constituição reproduz preceitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos);
b) integrar, complementar e ampliar o universo de direitos constitucionalmente previstos;
c) contrariar preceito do Direito interno.

Na primeira hipótese, o Direito interno brasileiro, em particular a Constituição de 1988, apresenta dispositivos que reproduzem fielmente enunciados constantes dos tratados internacionais de direitos humanos. A título de exemplo, merece referência o disposto no art. 5º, inciso III, da Constituição de 1988 que, ao prever que "ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento cruel, desumano ou degradante", é reprodução literal do art. V da Declaração Universal de 1948, do art. 7º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e ainda do art. 5º (2) da Convenção Americana. Por sua vez, o princípio da inocência presumida, ineditamente previsto pela Constituição de 1988 em seu art. 5º, LVII, também é resultado de inspiração no Direito Internacional dos Direitos Humanos, nos termos do art. XI da Declaração Universal, art. 14 (3) do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e art. 8º (2) da Convenção Americana. Estes são apenas alguns exemplos que buscam comprovar o quanto o Direito interno brasileiro tem como inspiração, paradigma e referência, o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A reprodução de disposições de tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira reflete não apenas o fato do legislador nacional buscar orientação e inspiração nesse instrumental, mas ainda revela a preocupação do legislador em equacionar o Direito interno, de modo a que se ajuste, com harmonia e consonância, às obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado brasileiro. Nesse caso, os tratados internacionais de direitos humanos estarão a reforçar o valor jurídico de direitos constitucionalmente assegurados, de forma que eventual violação do direito importará não apenas em responsabilização nacional, mas também em responsabilização internacional.

Já na segunda hipótese, os tratados internacionais de direitos humanos estarão a integrar, complementar e estender a declaração constitucional de direitos. Com efeito, a partir dos instrumentos internacionais ratificados pelo Estado brasileiro, é possível elencar inúmeros direitos que, embora não previstos no âmbito nacional, encontram-se enunciados nesses tratados

[29] Como leciona Ingo Wolfgang Sarlet: "Inobstante não necessariamente ligada à fundamentalidade formal, é por intermédio do direito constitucional positivo (art. 5º, parágrafo 2º da CF) que a noção de fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto, e, portanto, apenas materialmente fundamentais, assim como há direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal" (*A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 81).

e, assim, passam a se incorporar ao Direito brasileiro. A título de ilustração, cabe menção aos seguintes direitos: a) direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia, nos termos do art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; b) proibição de qualquer propaganda em favor da guerra e proibição de qualquer apologia ao ódio nacional, racial ou religioso, que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência, em conformidade com o art. 20 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e art. 13 (5) da Convenção Americana; c) direito das minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas de ter sua própria vida cultural, professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua, nos termos do art. 27 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e art. 30 da Convenção sobre os Direitos da Criança; d) proibição do reestabelecimento da pena de morte nos Estados que a hajam abolido, de acordo com o art. 4º (3) da Convenção Americana; e) possibilidade de adoção pelos Estados de medidas, no âmbito social, econômico e cultural, que assegurem a adequada proteção de certos grupos raciais, no sentido de que a eles seja garantido o pleno exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais, em conformidade com o art. 1º (4) da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial; f) possibilidade de adoção pelos Estados de medidas temporárias e especiais que objetivem acelerar a igualdade de fato entre homens e mulheres, nos termos do art. 4º da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher; g) vedação da utilização de meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões, nos termos do art. 13 da Convenção Americana[30]; h) direito ao duplo grau de jurisdição como garantia judicial mínima, nos termos dos arts. 8, "h" e 25, parágrafo 1o da Convenção Americana[31]; i) direito do acusado ser ouvido, nos termos do art. 8, parágrafo 1 da Convenção Americana[32]; j) direito de toda pessoa detida ou retida de ser julgada em prazo razoável ou ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo, nos termos do art. 7, (5) da Convenção Americana[33] e k) proibição da extradição ou expulsão de pessoa a outro Estado quando houver fundadas razões que poderá ser submetida à tortura ou a outro tratamento cruel, desumado ou degradante, nos termos do art. 3o da Convenção contra a Tortura e do artigo 22, VIII da Convenção Americana[34].

Esse elenco de direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte inova e amplia o universo de direitos nacionalmente assegurados, na medida em que não se encontram previstos no Direito interno. Observe-se que esse elenco não é exaustivo, mas tem como finalidade apenas apontar, exemplificativamente, direitos que são consagrados nos instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil e que se incorporaram à ordem jurídica interna brasileira. Desse modo, percebe-se como o Direito Internacional dos Direitos Humanos inova, estende e amplia o universo dos direitos constitucionalmente assegurados.

---

30 A respeito, ver julgamento TRF 3a R – RHC 96.03.060213-2-SP- 2a T, Relatora para o Acódão Juíza Sylvia Steiner, DJU 19.-03.1997.

31 Com fundamento nestes preceitos, há julgados que afirmam o direito de apelar em liberdade, determinando seja afastada a incidência do artigo 594 do Código de Processo Penal, que estabelece a exigência do recolhimento do réu à prisão para apelar. Neste sentido, ver Apelação n. 1.011.673/4, julgada em 29.05.1996, 5a Câmara, Relator designado Dr. Walter Swensson, RJTACRIM 31/120.

32 A este respeito, ver RHC 7463/DF, recurso ordinário em habeas-corpus (98/0022262-6), de 23.06.1998, tendo como relator o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

33 Sobre a matéria, ver STJ, RHC n. 5.239-BA, relator Ministro Edson Vidigal, 5a Turma, v.u., j. 07.05.1996, DJU 29.09.1997. Note-se que esse direito acabou por ser formalmente constitucionalizado em virtude da inclusão do inciso LXXVIII no art. 5º, fruto da Emenda Constitucional n.45/2004.

34 A respeito, ver Extradição 633, setembro/1998, relator Ministro Celso de Mello, em que foi negada a extradição à República Popular da China de pessoa acusada de crime de estelionato, lá punível com a pena de morte.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos ainda permite, em determinadas hipóteses, o preenchimento de lacunas apresentadas pelo Direito brasileiro. A título de exemplo, merece destaque decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal acerca da existência jurídica do crime de tortura contra criança e adolescente, no *Habeas Corpus* n. 70.389-5 (São Paulo; Tribunal Pleno - 23.6.94; Relator: Ministro Sidney Sanches; Relator para o Acórdão: Ministro Celso de Mello). Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal enfocou a norma constante no Estatuto da Criança e do Adolescente que estabelece como crime a prática de tortura contra criança e adolescente (art. 233 do Estatuto). A polêmica se instaurou dado o fato dessa norma consagrar um "tipo penal aberto", passível de complementação no que se refere à definição dos diversos meios de execução do delito de tortura. Neste sentido, entendeu o Supremo Tribunal Federal que os instrumentos internacionais de direitos humanos – em particular, a Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança (1990), a Convenção contra a Tortura, adotada pela Assembléia Geral da ONU (1984), a Convenção Interamericana contra a Tortura, concluída em Cartagena (1985) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), formada no âmbito da OEA (1969) – permitem a integração da norma penal em aberto, a partir do reforço do universo conceitual relativo ao termo "tortura". Note-se que apenas em 7 de abril de 1997 foi editada a Lei n. 9455, que define o crime de tortura.

Como essa decisão claramente demonstra, os instrumentos internacionais de direitos humanos podem integrar e complementar dispositivos normativos do Direito brasileiro, permitindo o reforço de direitos nacionalmente previstos – no caso, o direito de não ser submetido à tortura.

Contudo, ainda se faz possível uma terceira hipótese no campo jurídico: a hipótese de um eventual conflito entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito interno. Esta terceira hipótese é a que encerra maior problemática, suscitando a seguinte indagação: como solucionar eventual conflito entre a Constituição e determinado tratado internacional de proteção dos direitos humanos?

Poder-se-ia imaginar, como primeira alternativa, a adoção do critério "lei posterior revoga lei anterior com ela incompatível", considerando a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Todavia, um exame mais cauteloso da matéria aponta a um critério de solução diferenciado, absolutamente peculiar ao conflito em tela, que se situa no plano dos direitos fundamentais. E o critério a ser adotado se orienta pela escolha da norma mais favorável à vítima. Vale dizer, prevalece a norma mais benéfica ao indivíduo, titular do direito. O critério ou princípio da aplicação do dispositivo mais favorável às vítimas é não apenas consagrado pelos próprios tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, mas também encontra apoio na prática ou jurisprudência dos órgãos de supervisão internacionais. Isto é, no plano de proteção dos direitos humanos interagem o Direito internacional e o Direito interno, movidos pelas mesmas necessidades de proteção, prevalecendo as normas que melhor protejam o ser humano, tendo em vista que a primazia é da pessoa humana. Os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm a aprimorar e fortalecer, nunca a restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional. Na lição lapidar de Antonio Augusto Cançado Trindade: "(...) desvencilhamo-nos das amarras da velha e ociosa polêmica entre monistas e dualistas; neste campo de proteção, não se trata de primazia do direito internacional ou do direito interno, aqui em constante interação: a primazia é, no presente domínio, da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos

consagrados da pessoa humana, seja ela uma norma de direito internacional ou de direito interno".[35]

Logo, na hipótese de eventual conflito entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito interno, adota-se o critério da norma mais favorável à vítima. Em outras palavras, a primazia é da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos da pessoa humana. A escolha da norma mais benéfica ao indivíduo é tarefa que caberá fundamentalmente aos Tribunais nacionais e a outros órgãos aplicadores do direito, no sentido de assegurar a melhor proteção possível ao ser humano.

A título de exemplo, um caso a merecer enfoque refere-se à previsão do art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ao dispor que "ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual". Enunciado semelhante é previsto pelo art. 7º (7) da Convenção Americana, ao estabelecer que ninguém deve ser detido por dívidas, acrescentando que este princípio não limita os mandados judiciais expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Novamente, há que se lembrar que o Brasil ratificou ambos os instrumentos internacionais em 1992, sem efetuar qualquer reserva sobre a matéria.

Ora, a Carta constitucional de 1988, no art. 5º, inciso LXVII, determina que "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel". Assim, a Constituição brasileira consagra o princípio da proibição da prisão civil por dívidas, admitindo, todavia, duas exceções – a hipótese do inadimplemento de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Observe-se que, enquanto o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos não prevê qualquer exceção ao princípio da proibição da prisão civil por dívidas, a Convenção Americana excepciona o caso de inadimplemento de obrigação alimentar. Ora, se o Brasil ratificou esses instrumentos sem qualquer reserva no que tange à matéria, há que se questionar a possibilidade jurídica da prisão civil do depositário infiel.

Mais uma vez, atendo-se ao critério da norma mais favorável à vítima no plano da proteção dos direitos humanos, conclui-se que merece ser afastado o cabimento da possibilidade de prisão do depositário infiel,[36] conferindo-se prevalência à norma do tratado. Isto é, no conflito entre os valores da liberdade e da propriedade, o primeiro há de prevalecer. Ressalte-se que se a situação fosse inversa – se a norma constitucional fosse mais benéfica que a normatividade internacional – aplicar-se-ia a norma constitucional, inobstante os aludidos tratados tivessem hierarquia

---

[35] CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras.* San José de Costa Rica/Brasília: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1992. p. 317-318. No mesmo sentido, afirma Arnaldo Sussekind: "No campo do Direito do Trabalho e no da Seguridade Social, todavia, a solução dos conflitos entre normas internacionais é facilitada pela aplicação do princípio da norma mais favorável aos trabalhadores.(...) mas também é certo que os tratados multilaterais, sejam universais (p. ex: Pacto da ONU sobre direitos econômicos, sociais e culturais e Convenções da OIT), sejam regionais (p. ex: Carta Social Européia), adotam a mesma concepção quanto aos institutos jurídicos de proteção do trabalhador, sobretudo no âmbito dos direitos humanos, o que facilita a aplicação do princípio da norma mais favorável". (*Direito internacional do trabalho*, São Paulo: LTR, 1983. p. 57). A respeito, elucidativo é o disposto no art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos que, ao estabelecer regras interpretativas, determina: "Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados (...)".

[36] Neste sentido, merece destaque o louvável voto do Juiz Antonio Carlos Malheiros, do Primeiro Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, na Apelação n. 613.053-8. Ver também Apelação n. 601.880-4, São Paulo, 1ª Câmara, 16.9.1996, relator Juiz Elliot Akel, v.u., e *Habeas Corpus* n. 3.545-3 (95.028458-8), Distrito Federal, 10.10.1995, Rel. Min. Adhemar Maciel. Note-se não ser esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ainda que vencidos à época os Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio e Sepulveda Pertence. A respeito, ver HC 72.131-RJ, 22.11.1995; RE 206.482-SP; HC 76-561-SP, Plenário, 27.5.1998, e RE 243613, 27.4.1999. Acrescente-se que para o então Ministro Carlos Velloso "a prisão do devedor-fiduciante é uma violência à Constituição e ao Pacto de São José da Costa Rica, que está incorporado ao direito interno" (RE-243613, Rel. Min. Carlos Velloso, 19.2.1999). Verifica-se uma tendência de mudança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do já citado Recurso Extraordinário 466.343-1, em que, ineditamente, oito dos onze Ministros já haviam se manifestado pela inconstitucionalidade da prisão para o devedor em alienação fiduciária, em novembro de 2006.

constitucional e tivessem sido ratificados após o advento da Constituição. Vale dizer, as próprias regras interpretativas dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos apontam a essa direção, quando afirmam que os tratados internacionais só se aplicam se ampliarem e estenderem o alcance da proteção nacional dos direitos humanos. Note-se que, no caso da prestação alimentícia, o conflito de valores envolve os termos liberdade e solidariedade (que assegura muitas vezes a sobrevivência humana), merecendo prevalência o valor da solidariedade, como assinalam a Constituição brasileira de 1988 e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Em síntese, os tratados internacionais de direitos humanos inovam significativamente o universo dos direitos nacionalmente consagrados – ora reforçando sua imperatividade jurídica, ora adicionando novos direitos, ora suspendendo preceitos que sejam menos favoráveis à proteção dos direitos humanos. Em todas essas três hipóteses, os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm a aprimorar e fortalecer, nunca a restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como demonstrado por este estudo, os tratados internacionais de direitos humanos podem contribuir de forma decisiva para o reforço da promoção dos direitos humanos no Brasil. No entanto, o sucesso da aplicação deste instrumental internacional de direitos humanos requer a ampla sensibilização dos agentes operadores do Direito, no que se atém à relevância e à utilidade de advogar esses tratados perante as instâncias nacionais e internacionais, o que pode viabilizar avanços concretos na defesa do exercício dos direitos da cidadania.

A partir da Constituição de 1988 intensifica-se a interação e conjugação do Direito internacional e do Direito interno, que fortalecem a sistemática de proteção dos direitos fundamentais, com uma principiologia e lógica próprias, fundadas no princípio da primazia dos direitos humanos. Testemunha-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional somado ao processo de constitucionalização do Direito Internacional.

A Carta de 1988 e os tratados de direitos humanos lançam um projeto democratizante e humanista, cabendo aos operadores do direito introjetar e incorporar os seus valores inovadores. Os agentes jurídicos hão de se converter em agentes propagadores de uma ordem renovada, democrática e respeitadora dos direitos humanos, impedindo que se perpetuem os antigos valores do regime autoritário, juridicamente repudiado e abolido.

Hoje, mais do que nunca, os operadores do Direito estão à frente do desafio de resgatar e recuperar no aparato jurídico seu potencial ético e transformador, aplicando a Constituição e os instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos por ela incorporados. Estão, portanto, à frente do desafio de reinventar, reimaginar e recriar seu exercício profissional, a partir deste novo paradigma e referência: a prevalência dos direitos humanos.

A liberdade de expressão no Direito Constitucional português

Jorge Miranda*

Sumário: *I - Introdução. II - A liberdade de expressão em geral. III - Aspectos particulares: a) comunicação social; b) direito de manifestação; c) liberdade de propaganda (eleitoral e referendária); d) direito de petição; e) irresponsabilidade dos membros do Parlamento por votos e opiniões no exercício do mandato. IV - Liberdade de expressão religiosa. V - Liberdade de investigação e de expressão universitária e científica.*

I. Introdução

1. A Constituição de 1976 (desde a origem e com o seu desenvolvimento pela prática e por sucessivas revisões constitucionais) distingue-se, antes de mais, pela salvaguarda que pretende dar aos direitos fundamentais. Fundada na dignidade da pessoa humana (art. 1º), a eles consagra toda a sua primeira parte, ao longo de 68 artigos ricos e complexos.

Tal não resulta do acaso. À semelhança da Itália, em 1947 e da Alemanha em 1949 e do que viria a verificar-se, mais tarde, na Espanha em 1978 e, após 1989, na Europa centro-oriental, o legislador constituinte – agindo num contexto histórico conhecido – decidiu criar (e conseguiu criar) um Estado de Direito democrático, cujo elemento essencial é o respeito dos direitos e liberdades fundamentais (art. 2º).

2. Daí decorrem:

- A formulação de princípios gerais sobre atribuição, exercício e protecção de direitos (arts. 12º e segs.);
- A consagração tanto de direitos, liberdades e garantias, como de direitos económicos, sociais e culturais, como pontes de comunicação entre ele (art. 17º);
- A inclusão no âmbito dos direitos, liberdades e garantias não só dos direitos clássicos vindos da era liberal como de direitos novos – as garantias relativas à utilização da informática (art. 35º), o direito de antena (art. 40º), objecção de consciência (arts. 41º e 276º) e, a seguir a 1997, o direito ao desenvolvimento da personalidade e o direito à identidade genética (art. 26º);
- O tratamento da propriedade (art. 62º) e da iniciativa económica privada e cooperativa (art. 61º) em sede de direitos económicos, e não de direitos pessoais – o que pode traduzir tanto uma perspectiva socializante quanto uma perspectiva personalista;
- O relevo dado aos direitos dos trabalhadores e das suas organizações (arts. 53º e segs.);
- A consagração do direito ao ambiente (art. 66º), com garantia de indemnização em caso de lesão (art. 52º, nº 3);
- Não apenas a declaração dos direitos mas também a fixação das suas faculdades primárias e das incumbências do Estado e da sociedade para a sua efectivação;
- Uma visão universalista, com extensão dos direitos aos não portugueses – inclusive, verificados certos pressupostos, direitos políticos (art. 15º);
- A proibição de extradição por razões políticas e em caso de pena de morte (art. 33º, nº 6) e a consagração do direito de asilo (art. 33º, nºs 7 e 8);
- Na mesma linha, a interpretação e a integração dos preceitos constitucionais e legais de harmonia com a Declaração Universal (art. 16º, nº 2).

* Professor da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

3. A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência, em nenhum caso, pode afectar os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroactividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião (art. 19º, nº 6). Se pode falar-se em hierarquia de direitos fundamentais, é esta a única que a Constituição estabelece[1].

A liberdade de expressão – salvo na sua conexão com a liberdade religiosa – não está aí compreendida. Mas isso não significa que não seja sentida como especialmente valiosa para a consciência cívica de um país que viveu décadas sob um regime autoritário, com censura à imprensa. E, como um dos direitos, liberdades e garantias, ela beneficia do regime reforçado de protecção de que gozam estes direitos.

4. Este regime consiste no seguinte:

1.º) Aplicação directa dos preceitos constitucionais (art. 18.°, n.° 1, 1ª parte);
2.º) Vinculação de todas as entidades públicas (art. 18.°, n.° 1, 2ª parte);
3.º) Vinculação das entidades privadas (art. 18.º, n.° 1, 3ª parte);
4.º) Reserva de lei (art. 18.º, n.° 2, designadamente);
5.º) Carácter restritivo das restrições (art. 18.°, n.ºs 2 e 3);
6.º) Carácter excepcional da suspensão (art. 19.º);
7.º) Princípio da proporcionalidade (arts. 18º, nº 2, 19º, nº 4 e 272º, nº 2);
8º) Restrição, suspensão ou privação quanto a qualquer pessoa apenas com as garantias da Constituição e da lei (por virtude dos princípios do Estado de Direito);
9º) Autotutela, mediante o direito de resistência (art. 21.º);
10º) Princípio da tutela jurisdicional efectiva (arts. 20º e 268º, nº 4);
11º) Reserva de competência do Parlamento quanto à sua regulamentação legislativa e à aprovação de tratados [arts. 164º, 165º e 161º, alínea i)];
12º) Garantia do conteúdo essencial de cada direito e do sistema de direitos como limite material de revisão constitucional (art. 288º).

Os direitos sociais não ficam totalmente estranhos a muitas destas regras, mas apenas na sua face negativa (de direitos a protecção) e não na face de direitos positivos (de direitos a prestação).

5. Naturalmente, porém, o exercício destes direitos está sujeito aos limites que a lei estabeleça, por força das "justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática" (art. 29º, nº 2 da Declaração Universal).

E, mais especificamente, quanto à liberdade de expressão:

a) Às restrições inerentes à necessária concordância prática com outros direitos, designadamente com os direitos pessoais, estabelecendo a lei garantias efectivas contra a utilização abusiva ou contrária à dignidade humana de informações relativas às pessoas e às famílias (art. 26°, n° 2) bem como a presunção de inocência dos arguidos (art. 32°, n° 2);
b) Às restrições que afectam os militares e agentes militarizados dos quadros permanentes em serviço efectivo, bem como os agentes dos serviços e das forças de segurança (art. 270º) e, em razão de fins institucionais específicos, os juízes, magistrados do Ministério Público e os diplomatas cm serviço efectivo;
c) Às restrições que afectam os condenados, a quem sejam aplicadas pena ou medida de segurança privativas de liberdade, inerentes ao sentido da condenação ou às exigências próprias da respectiva execução (art. 30°, nº 5);

[1] Com múltiplas consequências: eles são em si mesmos limites materiais de revisão constitucional, valem sem dependência de quaisquer restrições quanto aos estrangeiros em Portugal e quanto aos portugueses no estrangeiro, os órgãos administrativos podem recusar-se a aplicar lei com eles desconforme, não pode haver sentenças restritivas de inconstitucionalidade de lei que os atinja.

d) Às restrições e aos condicionamentos impostos pelo segredo de justiça (art. 20°, n° 3), pela investigação criminal (art. 268°, n° 2) e pelo segredo de Estado [art. 156°, alínea d), in fine, e 164°, alínea q)];
e) Às restrições à expressão dos titulares de cargos políticos, em períodos eleitorais, para efeito de imparcialidade perante os candidatos [art. 113°, n° 3, alínea c)];
f) Aos condicionamentos em lugares públicos (relativamente à afixação de cartazes e às manifestações).

Em plano completamente diverso fica a regulamentação, porque regulamentar não é restringir.

6. A extensão do catálogo de direitos fundamentais, o rigor e o cuidado postos no seu regime de protecção, a reacção contra qualquer tipo de censura à expressão política, a vigência na ordem interna portuguesa da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e dos grandes textos internacionais, a existência do Provedor de Justiça (*Ombudsman*) explicam que, desde 1976, não tenham surgido problemas significativos no tocante à liberdade de expressão (mais discutidos têm sido problemas de igualdade das forças políticas nos meios de comunicação social).

Por isso, oferece um interesse relativamente menor a jurisprudência emitida pelo Tribunal Constitucional neste domínio. É flagrante o contraste com o papel importante e criativo que ele tem tido noutras áreas, como as de densificação dos princípios da segurança jurídica ou as de Direito e processo penais.

II. A liberdade de expressão, em geral

7. A liberdade de expressão abrange qualquer exteriorização da vida própria das pessoas: crenças, convicções, ideias, ideologias, opiniões, sentimentos, emoções, actos de vontade. E pode revestir quaisquer formas: a palavra oral ou escrita, a imagem, o gesto [art. 74º, nº 2, alínea *h*)], o silêncio.

Em sentido amplo, revela-se indissociável das mais diversas liberdades: da liberdade de consciência, de religião e de culto (art. 41º), da liberdade de criação cultural (art. 42º), da liberdade de aprender e ensinar (art. 43º), da liberdade de manifestação (art. 45º, nº 2); assim como do direito de petição e de acção popular (art. 52º) e do direito à greve (art. 57º) e, de certo modo, da liberdade de profissão (art. 47º), do direito de iniciativa económica (art. 61º) e do direito de propriedade (art. 62º). O direito à palavra (art. 26º, nº 1) e a inviolabilidade da correspondência e de outros meios de comunicação privada (art. 34º, nº 1) constituem suas garantias. E sem liberdade de expressão atinge-se o direito ao desenvolvimento da personalidade (art. 26º, nº 1).

Em sentido restrito, a liberdade de expressão recorta-se por exclusão de partes; vem a ser essencialmente liberdade de expressão do pensamento; e correlaciona-se então com a liberdade de informação e a de comunicação social. Para além do direito geral de expressão (art. 37º, n.ºs 1 e 2), a Constituição consagra o direito de resposta e de rectificação (art. 37º, nº 4), os direitos de antena e de réplica política (art. 40º) e a liberdade de propaganda eleitoral [art. 113º, nº 3, alínea *a*)]. E, noutra instância, os Deputados não respondem, civil, criminal ou disciplinarmente pelos votos e opiniões que emitam no exercício das suas funções (art. 157º, nº 1).

8. A liberdade de informação tem em vista, ao invés, a interionização de algo externo: consiste em apreender ou dar a apreender factos e notícias e nela prevalece o elemento cognoscitivo. Compreende o direito de informar, de se informar e de ser informado (art. 37º, nº 1, 2ª parte, e art. 16º, nº 2, da Declaração Universal), correspondendo o exercício do primeiro direito a uma atitude activa e relacional, o segundo a uma atitude activa e pessoal e o terceiro a uma atitude passiva e receptícia.

São múltiplas as projecções destes direitos. Elas encontram-se no direito à informação jurídica (art. 20º, nºs 1 e 2), no direito de acesso dos cidadãos aos dados informatizados que lhes digam respeito (art. 35º, nº 1), no direito de serem esclarecidos objectivamente e de serem informados acerca da gestão dos assuntos públicos (art. 48º, nº 2), no direito de os peticionários serem informados, em prazo razoável, sobre o resultado da apreciação das suas petições (art. 52º, nº , 2ª parte), no direito das comissões de trabalhadores nas empresas de receberem todas as informações necessárias ao exercício da sua actividade [art. 54º, nº 5, alínea *a*)], no direito de informação dos consumidores (art. 60º, nº 1), no direito dos cidadãos de serem informados pela Administração, sempre que o requeiram, sobre o andamento de processos em que sejam directamente interessados, bem como de conhecerem as resoluções definitivas que sobre elas sejam tomadas (art. 268º, nº 1).

Enquanto que a liberdade geral de informação não tem (salvo no âmbito da comunicação social) destinatários ou sujeitos passivos predeterminados ou particulares, os direitos especiais de informação postulam relações bilaterais e têm como contrapartida deveres de prestação de facto.

9. No campo político, a liberdade de expressão tem incidências imediatas na comunicação social, no direito de manifestação, na propaganda política, no direito de petição e na irresponsabilidade dos membros do Parlamento pelos votos e opiniões no exercício dos mandatos.

Em plano algo diferente, por respeitarem a bens jurídicos autónomos, ficam a liberdade de expressão religiosa e a liberdade universitária e científica.

III. Aspectos particulares

a) Liberdade de comunicação social

10. A liberdade de comunicação social congloba a liberdade de expressão e a liberdade de informação, com três notas distintivas:

a) A pluralidade de destinatários, o carácter colectivo ou de massas, sem reciprocidade;
b) O princípio da máxima difusão (ao contrário da comunicação privada ou correspondência, conexa com a reserva da intimidade da vida privada e familiar);
c) A utilização de meios adequados – hoje, a imprensa escrita, os meios audiovisuais e a cibernética.

A liberdade de expressão e os direitos de se informar e de ser informado são individuais, ainda quando exercidos colectiva ou institucionalmente. Já o direito de informar tanto pode ser individual quanto institucional. Mas a liberdade de comunicação social, essa apresenta-se, necessariamente, institucional, visto que pressupõe organização (e organização de empresa), ainda que dependa sempre de actividade de pessoas individualmente consideradas (os jornalistas, os colaboradores, e até os leitores, os ouvintes, os telespectadores, os cibernautas).

A liberdade de expressão e a liberdade de informação, na sua tríplice face, situam-se *de pleno* no campo dos direitos fundamentais. A liberdade de comunicação social é ambivalente: envolve um feixe de direitos e traduz-se, ao mesmo tempo, num fenómeno de poder, de poder de facto.

11. Perante a informação, na perspectiva da comunicação social, ressaltam nítidas as diferenças de posições dos cidadãos em geral e dos jornalistas em particular.

Quanto aos cidadãos em geral, aquilo que sobretudo importa é o direito de se informarem e o direito de serem informados. Diversamente, nos jornalistas, que são os profissionais da informação, não se afigura possível dissociar esses direitos e o direito de informar: verifica-se uma conjugação, uma interpenetração, ou, de certa maneira, uma tensão dialéctica entre esses três aspectos.

Nos cidadãos em geral, o direito de se informar surge, antes de mais, como um direito

negativo, o direito de não terem impedimentos, ou de não sofrerem sanções por procurarem informação. Para os jornalistas, não é apenas um direito negativo; é também um direito positivo, e nesta dupla vertente justamente vai encontrar-se o direito de acesso às fontes de informação (como antecedente do direito de se informar) para depois poderem informar.

O direito de informar manifesta-se outrossim de modo diferente nos cidadãos e nos jornalistas. Naqueles vai a par, ou manifesta-se em conjunto com a liberdade de expressão. Nos jornalistas é muito mais do que isso: é um direito de expressão e um direito de criação (como assinala o art. 38º); e é um direito oponível não só ao Estado mas ainda à empresa de comunicação social em que os jornalistas trabalhem (e, por esta banda, pode ser qualificado como um dos segmentos da liberdade interna de comunicação social).

12. O sentido básico da Constituição portuguesa é o seguinte:

a) Tratamento privilegiado da comunicação social em sede de liberdade de expressão e de informação;
b) Tratamento tanto da imprensa escrita como dos demais meios de comunicação social;
c) Separação, no entanto, entre o regime geral da liberdade de expressão e de informação – em que prevalece, até certo ponto, uma postura liberal clássica – e os regimes dos vários meios de comunicação social (mais na rádio do que na imprensa e mais na televisão do que na rádio) – em que se adoptam medidas intervencionistas, para garantia do pluralismo;
d) Complexidade do tratamento, com regras gerais e regras especiais, de direitos fundamentais e de garantias institucionais, de direitos individuais e institucionais, de direitos comuns e particulares, de direitos positivos, negativos e de participação, de direitos e garantias, de deveres e de imposições ao Estado;
e) Como notas mais originais a relevância constitucional dos direitos dos jornalistas (não como direitos corporativos, mas como direitos instrumentais da liberdade de imprensa), a garantia institucional de um sector e de um serviço público de comunicação social e a conjugação com os direitos culturais (art. 73º e, após 1982, também art. 78º);
f) Constitucionalização de um órgão de regulação, para garantia das liberdades e do pluralismo (art. 39º).

13. Os direitos individuais atinentes à comunicação social podem ser assim enunciados:

a) Direitos individuais comuns (de todos os cidadãos):
   - Direito de exprimir e divulgar livremente o pensamento (art. 37° nº 1, 1ª parte);
   - Direito de informar, de se informar e de ser informado sem impedimentos, nem discriminações (art. 37º, 11º 1, 2ª parte);
   - Direito de resposta e de rectificação (art. 37º, nº 4, 1ª parte);
   - Direito de indemnização por danos sofridos (art. 37º, nº 4 2ª parte);
   - Liberdade de imprensa como liberdade de expressão e de informação através da imprensa (art. 38º, nº 1);
   - Direito de fundação de jornais e de quaisquer outras publicações, independentemente de autorização administrativa, caução ou habilitação prévia [art. 38º, nº 2, alínea c)].
b) Direitos individuais particulares:
   - Liberdade de expressão e criação dos jornalistas e colaboradores literários [art. 38º, nº 2, alínea *a*), 1ª parte)];
   - Direito de intervenção dos jornalistas na orientação ideológica dos órgãos de comunicação sem natureza doutrinária ou confessional [art. 38º, nº 2, alínea *a*), 2ª parte];
   - Direito dos jornalistas de acesso às fontes de informação [art. 38º, nº 2, alínea *b*), 1ª parte];

- Direito dos jornalistas à protecção da independência e do sigilo profissionais [art. 38º, nº 2, alínea *b*), 2ª parte];
- Direito dos jornalistas de elegerem conselhos de redacção [art. 38º, nº 2, alínea *b*), 3ª parte].

Estes direitos dos jornalistas têm eficácia vertical perante o poder político e eficácia horizontal no interior dos órgãos de comunicação social.

14. Os direitos institucionais abarcam:

a) Direitos institucionais comuns (susceptíveis de serem atribuídos em face do art. 12º, nº 2):
- Direito de resposta e de rectificação (art. 370, nº 4, 1ª parte);
- Direito de indemnização (art. 37º, nº 4, 2ª parte);
- Liberdade de imprensa (art. 38º, nº 1);
- Direito de fundação de jornais e de quaisquer outras publicações [art. 38º, nº 2, alínea *c)*], com as restrições e os condicionamentos da lei.

b) Direitos institucionais particulares:

Direitos dos partidos:
- Direito de orientação dos seus órgãos de comunicação [art. 38º, nº 2, alínea *a*), em parte];
- Direito de antena (art. 40º, nº 1);
- Direito de antena específico dos partidos parlamentares que não façam parte do Governo (art. 40º, nº 2, 1ª parte);
- Direito de resposta e réplica política dos mesmos partidos (art. 40º, nº 2, 2ª parte).

Direitos das confissões religiosas:
- Direitos de orientação dos seus órgãos de comunicação [art. 38º, nº 2, alínea *a*), em parte];
- Direito de utilização de meios de comunicação social próprios para o prosseguimento das suas actividades (art. 41º, nº 5, 2ª parte).

15. Como garantias indiquem-se:
- Não haver impedimentos, nem discriminações ao exercício da liberdade de expressão (art. 37º, nº 1, 3ª parte);
- Proibição de censura (art. 37º, nº 2);
- Sujeição das infracções aos princípios gerais de direito criminal ou de ilícito de mera ordenação social (art. 37º, nº 3, 1ª parte);
- Apreciação das infracções pelos tribunais judiciais ou, quando se trate de ilícito de mera ordenação social, por entidade administrativa independente (art. 37º, nº 3, 2ª parte)[2];
- Protecção da independência e do sigilo profissionais dos jornalistas [art. 38º, nº 2, alínea *b*), 2ª parte];
- Não dependência da fundação de jornais e de quaisquer outras publicações de autorização administrativa, caução ou habilitação prévia [art. 38º, nº 2, alínea *c*), 2ª parte].

16. À luz destes direitos e garantias, a Constituição enuncia ainda os princípios ancilares de existência e funcionamento dos órgãos (ou empresas) de comunicação social:
- O princípio da transparência, por a lei dever assegurar, com carácter genérico, a divulgação da titularidade e dos meios de financiamento (art. 38º, nº 3);
- O princípio da liberdade e da independência perante o poder político e o poder económico (art. 38º, nº 4, 1ª parte);

[2] Cfr. acórdãos nºs 447/87 e 67/99 do Tribunal Constitucional sobre abuso da liberdade de informação.

- O princípio da especialidade, em caso de órgãos de informação geral (art. 38º, nº 4, 2ª parte);
- O princípio da não discriminação (art. 38º, nº 4, 3ª parte);
- O princípio da não concentração, impedindo-se, designadamente participações múltiplas ou cruzadas (art. 38º, nº 4, 4ª parte).

b) ***Direito de manifestação***

17. Uma manifestação é uma reunião qualificada:

- qualificada não tanto pela forma (concentração, comício, desfile, cortejo), ainda quando silenciosa, quanto pela sua função de exibição de ideias, crenças, opiniões, posições políticas ou sociais, permanentes ou conjunturais;
- qualificada pela consciência e pela vontade comuns a todos os participantes de exprimirem ou explicitarem uma mensagem contra ou dirigida a terceiros, normalmente à "opinião pública";
- qualificada por se realizar em local público ou, eventualmente, em lugar aberto ao público.

A liberdade de manifestação compreende:

a) Liberdade de promoção, convocação e organização, ou liberdade de escolha dos fins, dos participantes, do tempo e do local;
b) Liberdade de participação (ou não participação);
c) Liberdade de realização concreta e actual.

18. Como em todas as liberdades, encontra-se aí também um elemento positivo necessário: o direito à protecção do Estado para o seu exercício em segurança com todas as consequências que comporta. Não basta a liberdade de decidir, importa ter a oportunidade de dispor dos correspondentes locais e de realizar as manifestações em segurança.

O direito de promover, convocar e organizar manifestações tanto pode ser exercido por pessoas singulares, individualmente ou em conjunto, como por pessoas colectivas ou entidades não personalizadas.

O direito de participar ou de não participar – a liberdade positiva ou negativa de manifestação, homóloga da liberdade positiva ou negativa de associação – é necessariamente de exercício individual.

O direito de realizar reuniões e manifestações – de as iniciar e de as prosseguir livremente – é de exercício colectivo[3], ainda que a sua titularidade seja individual.

19. A lei ordinária regulamenta o direito de manifestação, procurando conciliá-lo com outros direitos e interesses (como o direito ao ambiente e à livre circulação das pessoas).

É necessário participar a realização de manifestações às autoridades administrativas locais, por escrito e com a antecedência mínima de dois dias úteis, (art. 2º, nº 1 do Decreto-Lei nº 406/74, de 29 de Agosto, ainda feito na imediata sequência da revolução de 25 de Abril de 1974).

As autoridades devem reservar determinados lugares públicos devidamente identificados e delimitados (art. 9º). Interpretada em conformidade com a Constituição, esta norma significa que as autoridades podem *destinar* para efeito de manifestações certos lugares, mas não que possam *impô-los* aos seus promotores, os quais serão sempre livres de escolher outros.

As autoridades só podem interromper manifestações quando elas se afastem das suas finalidades pela prática de actos contrários à lei ou à moral ou que perturbem, grave e efectivamente, a ordem e a tranquilidade públicas, o livre exercício dos direitos das pessoas ou ofendam a honra e a consideração devidas aos órgãos de soberania e às Forças Armadas (art. 5º).

Daqui, a *contrario*, e do próprio princípio da liberdade decorre que as autoridades não podem interromper uma manifestação pacífica e sem armas só por não ter havido prévia comunicação

[3] Uma manifestação é sempre colectiva. Qualquer manifestação de uma única pessoa na praça pública reconduz-se à liberdade de expressão, só.

– o que não impede a responsabilidade criminal ou contraordenacional dos seus promotores.

As autoridades devem tomar as necessárias providências para que as manifestações decorram sem a interferência de contramanifestações que possam perturbar o livre exercício dos direitos dos participantes (art. 7º). E esta também uma incumbência positiva.

Não há preceito legal *ex professo* sobre a responsabilidade civil dos promotores e dos participantes em manifestações ilegais, que degenerem em motins ou acarretem outros factos ilícitos. Aplica-se, naturalmente, o princípio geral do art. 483º do Código Civil.

c) A liberdade de propaganda (eleitoral e referendária)

20. O sentido da liberdade de propaganda eleitoral (art. 113º, nº 3, alínea *a*)] apresenta-se claro:

- É não só a liberdade dos cidadãos eleitores mas também a liberdade das candidaturas, assume uma dimensão colectiva e institucional;
- Congloba múltiplos conteúdos e formas de liberdade (pela palavra oral e escrita, pela imagem, por meios audiovisuais, por meios cibernéticos), dentro e fora das povoações;
- A propaganda gráfica está, porém, sujeita às restrições estritamente necessárias para preservação do ambiente e das paisagens, de respeito dos símbolos religiosos e do normal funcionamento das instituições[4]
- Para lá da dimensão negativa (direito a não interferência no desenvolvimento da campanha levada a cabo por qualquer candidatura), a liberdade de propaganda adquire uma dimensão positiva (envolve o direito a prestações positivas com vista à efectivação dos actos de campanha e à igualdade das candidaturas);
- Tem ainda um sentido objectivo e institucional, porque se visa garantir o pluralismo e a própria liberdade de escolha dos cidadãos.

21. Concretizações dessa dupla dimensão, positiva e relativa também a entidades privadas, vêm a ser:

- Direito dos concorrentes a tempos de antena, regulares e equitativos nas estações públicas e privadas de rádio e de televisão de âmbito nacional e regional (art. 40º da Constituição)[5];
- Suspensão do exercício deste direito, porém, em caso de abuso ou utilização para publicidade comercial, por decisão do Tribunal Constitucional;
- Tratamento jornalístico não discriminatório nas publicações noticiosas diárias ou não diárias de periodicidade inferior a quinze dias que pretendam inserir matéria respeitante à campanha eleitoral (por todos, art. 64° da Lei n° 14/79, de 16 de Maio);
- Acesso por igual a salas de espectáculos ou a outros recintos que reúnam condições para serem utilizados na campanha eleitoral (art. 65°);
- Cedência, por igual, de edificios públicos (art. 68°);
- Estabelecimento pelas juntas de freguesia de espaços especiais, em locais certos, para propaganda eleitoral (art. 66°).

22. O que se diz das campanhas eleitorais vale *mutatis mutandis* para os partidos e os grupos de cidadãos que participem nas campanhas referendárias.

---

[4] Assim, não é permitida a afixação de cartazes, nem a realização de inscrições ou pinturas murais em monumentos nacionais, nos edificios religiosos, nos edifícios de sede de órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local, nos sinais de trânsito ou placas de sinalização rodoviária, no interior de quaisquer repartições ou edifícios públicos ou franqueados ao público, incluindo os estabelecimentos (por todos, v. art. 66º da Lei nº 14/79, de 16 de Maio). Quanto à protecção das paisagens, v. a Lei nº 97/88, de 17 de Agosto.
Mas estas restrições estão subordinadas ao princípio da proporcionalidade e sob reserva de lei do Estado (v. art. 18º, nº 2) e, por isso, mais de uma vez o Tribunal Constitucional considerou inconstitucionais restrições provenientes de órgãos das autarquias locais ou das regiões autónomas: assim, acórdãos nºs 248/86, 631/95 e 258/2006.

[5] Fora dos períodos eleitorais, só as estações públicas estão obrigadas a assegurar o direito de antena. E, ao passo que então ele depende de critérios de relevância e representatividade, nos períodos eleitorais o princípio é o da igualdade entre os concorrentes.

d) *O direito de petição*

23. O direito de petição (art. 52º da Constituição) possui uma dupla vertente. Enquanto direito de reclamação ou de queixa, é uma garantia não contenciosa de outros direitos. Enquanto direito de representação, é um direito autónomo, um direito de participação política a par de quaisquer outros.

Nesta segunda vertente, ele traduz-se numa forma de defesa da Constituição, da lei e de interesse geral, seja para criticar ou contestar os órgãos de poder público, seja para alvitrar soluções ou providências tidas como mais adequadas. As suas finalidades são correctivas e prospectivas.

24. Os cidadãos podem formular petições sobre qualquer assunto da competência dos órgãos a que se dirigem, livremente, sem impedimentos e sem quaisquer consequências desfavoráveis. Mas, além desta estrutura de direito de liberdade, ele assume estrutura de direito positivo: os cidadãos têm, pelo menos, direito a que as suas representações sejam admitidas, a que sejam apreciadas e a serem informados sobre tal apreciação em prazo razoável; mas não têm direito a uma decisão, como no direito de reclamação ou de queixa.

De todo o modo, desencadeia-se um procedimento no órgão perante o qual é exercido, embora não um procedimento de carácter político – ao contrário do que sucede com a iniciativa legislativa popular (art. 167º, nº 1 da Constituição) ou com a pré-iniciativa do referendo (arts. 115º, nº 2 e 240º, nº 2).

O direito de petição tanto pode ser exercido por pessoas singulares, individual ou colectivamente, como por pessoas colectivas E tanto pode ser exercido perante autoridades políticas como perante autoridades administrativas; não, porém, perante os tribunais, pela própria natureza da função jurisdicional: perante eles os cidadãos têm, sim, direito de acção (art. 20º)[6].

e) *A irresponsabilidade dos membros do Parlamento pelos votos e opiniões no exercício dos mandatos*

25. As imunidades parlamentares (art. 159º da Constituição) visam, em última análise, preservar a independência do Parlamento perante os outros órgãos do Estado e quaisquer autoridades. Destinam-se a evitar que quem quer seja possa ferir a imprescindível liberdade de actuação dos Deputados[7].

São de dois tipos. Desdobram-se em *irresponsabilidade* civil, criminal e disciplinar dos Deputados pelos votos e opiniões que emitirem no exercício das suas funções e em *inviolabilidade* ou não sujeição dos Deputados a detenção, prisão ou procedimento criminal por quaisquer outros actos, salvo nos casos especificados na Constituição e com as formalidades nela previstas.

Não se trata de criar privilégios em violação do princípio da igualdade de todos os cidadãos perante a lei. Não estão em causa atributos ou interesses dos Deputados. O que está em causa é a instituição a que pertencem; e quanto mais intensa for esta vida institucional tanto mais justificadas aparecerão à consciência pública.

Donde o seguinte corolário:

1º) Que as imunidades não são direitos subjectivos, dos Deputados, são situações institucionais e funcionais;

2º) Que os Deputados não só não lhes podem renunciar como têm o dever de exigir o seu respeito;

3º) Que elas abrangem todo o tempo do mandato e não cessam em estado de excepção, como o estado de sítio ou de emergência, ainda quando a Câmara não possa reunir;

4º) Que, com graduações adequadas, elas se reportam quer a actos praticados no interior quer fora do Parlamento.

---

[6] A Lei nº 43/90, de 10 de Agosto (alterada pelas Leis nºs 6/93 e 15/2003, de 1 de Março e 4 de Junho, respectivamente), regulamenta o direito de petição em geral e o direito de petição perante a Assembleia da República em particular. Deste também se ocupa o respectivo Regimento (arts. 245º e segs.).

[7] Dos Deputados à Assembleia da República – Parlamento nacional unicameral – e às Assembleias Legislativas Regionais dos Açores e das Madeira.

26. O regime da irresponsabilidade dos Deputados pode ser assim descrito:

a) Referindo-se a opiniões e votos, a Constituição está a enunciar os actos mais típicos dos Deputados, mas não a arredar quaisquer outros (*v.g.* projectos de lei ou moções) que eles pratiquem nessa qualidade; o preceito, sob este aspecto, bem se compadece com interpretação extensiva.

b) A regra da irresponsabilidade assim estabelecida implica uma limitação ou excepção ao princípio da responsabilidade civil solidária do Estado com os titulares dos seus órgãos por acções ou omissões de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem (art. 22°), embora (mas *de jure condendo*) seja de encarar a aplicação do princípio da solidariedade a casos mais graves de actos legislativos inconstitucionais.

c) Por exercício do mandato deve entender-se a prática de quaisquer actos tanto no local onde funciona a Assembleia – seja no plenário, seja nas comissões – como no seu exterior, em comissões de inquérito, em deputações ou missões ao serviço da Assembleia, junto de serviços da Administração pública ou em contacto com os cidadãos eleitores (art. 155°, n° 1). Contanto que o Deputado possa estribar-se em poderes funcionais – não, porém, claro está, em regalias ou direitos subjectivos – está a exercer o seu mandato e, como tal, é irresponsável.

d) Por definição, a irresponsabilidade – ao contrário da inviolabilidade – acompanha o Deputado mesmo quando não exerça efectivamente funções parlamentares e para além do termo. Se são os actos em si que não importam responsabilidade, não interessa que quem os tenha praticado tenha deixado de ser Deputado, porque os actos ligam-se sempre aos poderes funcionais de que são manifestação. De resto, para bem pouco serviria a irresponsabilidade se, para cada Deputado, a irresponsabilidade se circunscrevesse ao tempo do seu mandato, necessariamente reduzido, ainda quando coincidente com a duração quadrienal da legislatura.

e) A responsabilidade excluída é a responsabilidade "jurídica", aquela que se manifesta por sanções jurídicas estritas em qualquer das suas modalidades civil, criminal e disciplinar. Não é a responsabilidade política, porquanto os Deputados respondem perante o povo, perante todo o país, e não apenas perante os que os elegeram (art. 152°, n° 2). E esta forma de responsabilidade, num Parlamento pluralista, que funciona em debates públicos e contraditórios, pode revelar-se bem mais pesada que a responsabilidade criminal. Bem mais pesada, mas bem mais adequada à natureza dos votos e opiniões.

f) Embora, em algumas circunstâncias – muito raras, felizmente, porque o decoro parlamentar ajudará a evitar excessos – possa encontrar-se uma colisão com o direito fundamental à integridade moral dos cidadãos e ao bom nome e reputação (art. 26° da Constituição), prevalece ainda a regra da irresponsabilidade dos Deputados pelas suas opiniões, como corolário e garantia da democracia pluralista. *De jure condendo*, poderia, porém, encarar-se a hipótese de responsabilidade civil nessas circunstâncias.

IV. Liberdade de expressão religiosa

27. A liberdade de consciência, de religião e de culto é inviolável (art. 41º, nº 1) e implica:

- A liberdade de manifestar a religião, separadamente ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto ou pelos ritos (art. 18º da Declaração Universal)[8];

[8] No sector público (funcionários, alunos ou professores de escolas públicas) nada impede a expressão das crenças religiosas pela palavra, pelo uso de símbolos ou por outra forma. Nenhum problema surgiu até agora em Portugal que justificasse uma intervenção legislativa (cuja constitucionalidade, de resto, teria de ser apreciada).

- Ninguém poder ser perseguido, privado de um direito ou isento de obrigações ou deveres cívicos por causa das suas convicções ou prática religiosa (art. 41º, nº 2);
- Ninguém poder ser perguntado por qualquer autoridade acerca das suas convicções ou práticas religiosas, salvo para recolha de dados estatísticos não individualmente identificáveis, nem ser prejudicado por se recusar a responder (art. 41º, nº 3);
- A informática não poder ser utilizada para tratamento de dados referentes à fé religiosa (art. 35º, 11º 3);
- A garantia do direito à objecção de consciência nos termos. da lei (art. 41º, nº 6), e não se confinando a objecção ao serviço militar, pois pode abranger quaisquer adstrições colectivas que contendam com as crenças e convicções.

Assim como:

- A liberdade de ensino de qualquer religião praticado no âmbito da respectiva confissão (art. 41º, nº 5, 1ª parte);
- A (já referida) utilização de meios de comunicação social próprios das confissões religiosas para o prosseguimento das suas actividades (art. 41º, nº 5, 2ª parte).

28. A liberdade religiosa[9], complementar da Constituição, precisa tanto os direitos individuais como institucionais acabados de mencionar, assegurando às igrejas e demais comunidades religiosas o direito de comunicar e publicar actos em matéria religiosa e de culto e o de relacionar-se e comunicar com as organizações da mesma ou outras confissões no território nacional ou no estrangeiro [art. 23º, alíneas *f)* e *g)*][10].

Nos serviços públicos de televisão e de radiodifusão é garantido às igrejas e demais comunidades religiosas inscritas, por si, através da respectiva organização representativa, ou conjuntamente, quando preferirem participar como se fossem uma única confissão, um tempo de emissão, fixado globalmente para todas, para prossecução dos seus fins religiosos (art. 25º, nº 1).

A atribuição e distribuição do tempo de emissão é feita tendo em conta a representatividade das respectivas confissões e o princípio da tolerância, por meio de acordos entre a Comissão do Tempo de Emissão das Confissões Religiosas[11] e as empresas titulares dos serviços públicos de televisão e de radiodifusão (art. 25º, nº 2).

29. O Código Penal pune (arts. 251º e 252º):

- quem, publicamente, ofender outra pessoa ou dela escarnecer em razão da sua crença ou função religiosa, por forma adequada a perturbar a paz pública;
- quem profanar lugar ou objecto de culto ou de veneração religiosa;
- quem, por meio de violência ou de ameaça com mal importante, impedir ou perturbar o exercício legítimo do culto de religião;
- quem, publicamente, vilipendiar acto de culto ou de religião ou dele escarnecer.

---

9 Lei nº 16/2001, de 22 de Junho.

10 O *beneplácito régio* (ou exigência do poder civil de que os documentos papais e, por vezes, também episcopais, fossem submetidos todos a apreciação do Estado para poderem ser divulgados e produzir efeito no País) foi há muito tempo abolido. A Concordata entre Portugal e a Santa Sé, de 18 de Maio de 2004, assegura à Santa Sé o direito de publicar livremente qualquer norma, disposição ou documento relativo à actividade da Igreja Católica e comunicar sem impedimentos com os bispos, o clero e os fiéis, tal como estes o podem fazer com a Santa Sé.

11 Constituída por representantes da Igreja Católica e das igrejas e comunidades religiosas radicadas no País ou das federações em que as mesmas se integrem.

V. A liberdade de investigação e de expressão universitária e científica

30. A liberdade de pesquisa e de expressão universitária está consagrada pela Constituição portuguesa através da confluência:

- Da liberdade de criação científica, a qual compreende o direito à invenção, à produção e à divulgação da obra cientifica (art. 42º);
- Da liberdade de ensinar (art. 43º);
- Da autonomia científica e pedagógica (além da autonomia estatutária, administrativa e financeira) das Universidades, sem prejuízo de adequada avaliação da qualidade de ensino (art. 76º, nº 2).

31. O Estado não pode programar a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas (art. 43º, nº 2).

Corolário do princípio geral do pluralismo inerente ao Estado de Direito democrático, este preceito significa a não identificação com qualquer filosofia, estética, política, ideologia ou religião, sendo vedado elevar qualquer delas a conteúdo da acção do Estado no âmbito educativo cultural.

Ou, como foi afirmado com clareza na Assembleia Constituinte, está aí "a recusa de filosofia, de estética oficial, de ideologia oficial e de religião oficial" e "a recusa de *controlo* político do conteúdo da cultura e da educação" e "da unicidade em matéria cultural". "A liberdade cultural é um direito individual. A isenção doutrinária do Estado um dever do Estado para com a colectividade".

Entretanto, se nas escolas Enquanto que nas escolas públicas prevalece a regra da não confessionalidade (art. 430, nº 3)[12] – expressão, ao nível de cada uma, da não programação ou não identificação – nas escolas particulares e cooperativas pode haver a opção por esta ou aquela directriz filosófica, estética, polftica, ideológica ou religiosa. Ou seja: nas Universidades públicas, o Estado deve abster-se de impor (e nas Universidades não públicas deve abster-se de impedir) uma qualquer orientação confessional ou ideológica.

32. Também neste domínio, a legislação ordinária é muito clara na reafirmação e no desenvolvimento das normas constitucionais.

Como estabelece a lei de autonomia das Universidades[13]:

- a autonomia científica confere às universidades a capacidade de livremente definir, programar e executar a investigação e demais actividades científicas e culturais (art. 6º, nº 1);
- no exercício da autonomia pedagógica, e em harmonia com o planeamento das políticas nacionais de educação, ciência e cultura, as universidades gozam da faculdade de criação, suspensão e extinção de cursos. As universidades têm autonomia na elaboração dos planos de estudo e programas das disciplinas, definição dos métodos de ensino, escolha dos processos de avaliação de conhecimentos e ensaio de novas experiências pedagógicas. No uso da autonomia pedagógica, devem as universidades assegurar a pluralidade de doutrinas e métodos que garanta a liberdade de ensinar e aprender (art. 7º).

Por seu turno, o Estatuto da Carreira Docente Universitária[14] reconhece ao pessoal docente liberdade de orientação e de opinião científica na leccionação das matérias ensinadas (art. 64º). E esta regra aplica-se quer aos professores quer aos investigadores não docentes.

---

[12] O que não significa a impossibilidade de ensino de religião e moral nas escolas públicas, desde que ministrada pelas próprias confissões religiosas, em igualdade, e sem carácter obrigatório, como reconheceu o Tribunal Constitucional pelo acórdão nº 423/87. Nem se compreenderia que, numa sociedade pluralista, o pluralismo não entrasse também nas escolas.

[13] Lei nº 108/88, de 24 de Setembro.

[14] Decreto-Lei nº 448/79, de 13 de Novembro e Lei nº 19/80, de 16 de Julho.

A constitucionalidade da Lei de Biossegurança[1]

José Antônio Dias Toffoli*

"Uma vez que nosso amor próprio é inseparável de nossa necessidade de também sermos amados pelos outros, tornamos a nós mesmos um fim para os outros, e a única forma de esta máxima ser obrigatória é através de sua qualificação como uma lei universal. Daí, através de nossa vontade, também tornar os outros, nossos fins. A felicidade dos outros é, portanto, um fim que também é um dever".

(Imannuel Kant, *Introdução à Doutrina da Virtude*).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510 proposta pelo Procurador Geral da República o art. 5º da Lei n.º11.105, de 24 de março de 2005, denominada "Lei da Biossegurança", em face do direito à vida assegurado na Constituição Federal de 1.988. O art. 5º da referida Lei dispõe, *in verbis*, que:

> "Art. 5º. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização ***in vitro*** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:
> I – sejam embriões inviáveis; ou
> II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.
> § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.
> § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.
> § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997."

Não estamos diante, aqui, conforme salientou o Prof. Ives Gandra da Silva Martins, de uma discussão ou de uma disputa entre Ciência e Religião. Igualmente não estamos diante de uma discussão entre o progresso, as luzes ou as trevas e obscurantismo. Estamos diante de uma discussão histórica para esta Suprema Corte, porque aqui sequer estamos diante daqueles temas que são muito difíceis aos Ministros decidirem, quando temos dois valores ou dois princípios constitucionais a serem aplicados a uma mesma causa.

Aqui, os lados que se antagonizam apresentam, ambos, como premissa, o mesmo princípio constitucional do direito à vida. De um lado, os que defendem a constitucionalidade das pesquisas, que serão úteis não para laboratórios, não para vaidades de cientistas, não para enriquecimento de ninguém. Serão úteis para as pessoas que sofrem de determinadas doenças e que poderão obter suas curas. A felicidade do outro! É dessa premissa que partem aqueles que defendem a lei ora impugnada e os dispositivos ora impugnados.

E também quem impugna a lei parte do mesmo princípio, do princípio da proteção à vida, do princípio da dignidade da vida humana. Nesse sentido, a Corte Suprema se depara com uma situação inusitada: ela tem que julgar uma causa em que os dois lados que se antagonizam partem

[1] Memorial apresentado pelo Advogado Geral da União no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510 no Supremo Tribunal Federal.

* Advogado-Geral da União.

do mesmo princípio constitucional, do mesmo pressuposto jurídico-político-constitucional para a sua aplicabilidade.

E também não se vislumbra nenhum problema, muito pelo contrário, na atuação da Igreja, como *amicus curiae*, e no que a Igreja atuou neste processo. Ela faz parte da sociedade, integra a República do Brasil, tem os seus posicionamentos e tem todo o direito de se fazer presente.

Nesse sentido, o que se há de fazer é parabenizar esta Corte Suprema pela maneira como conduziu este processo e parabenizar o excelentíssimo relator pela audiência pública, fazendo tudo de maneira transparente. E parabenizar esta Suprema Corte que, muito antes da maioria das Cortes Supremas dos países ocidentais, está enfrentando o tema do embrião congelado antes de outras Cortes. Então, o Supremo Tribunal Federal está agindo com extrema responsabilidade e transparência e a posição da Igreja sobre o tema é de todo compreensível. A Igreja jamais poderá compactuar com uma ética prática. Ela só pode compactuar com uma ética de princípios. O dia em que ela deixar de defender uma ética de princípios ou o dia em que ela deixou de defender, ela cometeu erros históricos que já reconheceu publicamente através da sua autoridade máxima. A Igreja, portanto, jamais poderá admitir uma ética prática, sempre terá que se posicionar na defesa dos princípios.

E o Estado? Qual é o comportamento do Estado? Muito já se escreveu sobre isso desde Maquiavel, sobre qual é o comportamento do príncipe, qual é o comportamento do agente. Max Weber falou sobre isso quando distinguiu entre a ética de sentimentos e a ética de responsabilidade. E que o Estado, na sua ação, nunca poderá fazer única e exclusivamente o bem, nem poderá fazer única e exclusivamente o mal. Toda a ação do Estado produz conseqüências boas e ruins, mesmo que ela esteja pautada pelos melhores valores, melhores princípios e pela maior boa intenção. E que a condução do agente público do Estado tem que se pautar não única e exclusivamente pelos princípios, mas pelas suas conseqüências e pela realidade, todas as circunstâncias de realidade que circundam o tema decisório por parte do agente público do Estado. E essa decisão por parte do Estado, que já esteve no Congresso Nacional, que já esteve no Executivo, quando da sansão ou veto da lei, agora está aqui nas mãos de Vossas Excelências.

A questão, do ponto de vista moral, do ponto de vista do argumento de quem defende que o embrião é detentor de vida plena, sem dúvida nenhuma é quase irrespondível. O argumento moral. Não estou falando de argumento jurídico ou científico. Evidentemente que todos nós estamos aqui porque um dia fomos concebidos, um dia nós fomos embriões. "E, do ponto de vista moral, quem terá condições de demarcar uma linha nesse processo evolutivo, no qual se pode dizer: agora é ser humano e agora não é ser humano? Então, sob o ponto de vista moral, realmente os argumentos..."

Então, sob o ponto de vista moral, realmente os argumentos da Procuradoria-Geral da República, os argumentos trazidos pelo ilustre *Amicus Curiae*, advogado da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil, sem dúvida nenhuma são de difíceis respostas.

Nós temos que julgar o ponto de vista jurídico e nós temos que julgar o ponto de vista exatamente de uma ética de responsabilidade das conseqüências que esta decisão trará para a sociedade brasileira e para a realidade dentro do contexto mundial, não só dentro do contexto do Brasil, porque essas pesquisas acontecem lá fora. Nesse sentido, já se disse aqui, do ponto de vista jurídico, o artigo 2º do Código Civil diz que a personalidade começa com o nascimento com vida e se resguarda o direito ao nascituro. Mas há esse direito do nascituro se ele vier a nascer com vida. Se ele não nascer com vida, não terá direitos. Esse direito se extingue porque ele não tem direito, mas, sim, expectativa de direito.

Mas eu gostaria de trazer à baila, muito mais para comparação sobre a questão jurídica, a maneira como se penalizam o homicídio e o aborto:

"Artigo 121 do Código Penal: matar alguém, pena de reclusão de seis a vinte anos. O aborto provocado pela gestante: pena de detenção de um a quatro anos."

Se todos têm o mesmo valor do ponto de vista de ser humano, qual a razão ou o porquê de o Código Penal tratar de maneira diferenciada a pena para aquele que, em tese, abrem-se aspas "cometeu um homicídio", no caso de um aborto. A pena é muito diferente, é muito distinta, ou seja, a legislação brasileira não trata o feto que está dentro do útero de uma mulher como ser humano. Ela protege aquela expectativa de vida, mas não o trata como sendo uma pessoa humana, porque se tratasse, a pena teria que ser a mesma para o homicídio.

E mesmo para o aborto provocado por terceiros, sem o consentimento da gestante, a pena, que é maior do que para o provocado pela gestante, ainda assim é menor do que aquela para o homicídio, quando um terceiro provoca um aborto em uma gestante sem o consentimento desta. Não estamos dentro da mesma hierarquia, não se trata da mesma forma entes que são juridicamente diferentes.

O que, então, se falar do embrião congelado que sequer feto é? Sequer está dentro do útero de uma mulher? Ele está congelado. E aqui entra uma questão que acho fundamental, senhoras e senhores ministros, se esta Suprema Corte reconhecer que um embrião congelado tem direito à vida, há de ser assegurado esse direito, há de se assegurar que esse direito possa vir a ser exercido. E qual é a tutela que o Estado tem para garantir esse exercício? Poderá o Estado obrigar a mulher que doou o óvulo a conceber aquele embrião? Poderá o Estado fazer uma ação mandamental para uma pessoa que doou o óvulo e obrigá-la a que o embrião venha a se tornar um ser humano efetivamente? Ou então, poderá o Estado obrigar que uma terceira mulher receba aquele embrião e transforme aquela expectativa de vida numa vida realmente? O Estado não tem essa tutela. O Estado não tem esse poder.

Ora, reconhecer um direito que o próprio Estado não pode assegurar a sua execução é a negativa do próprio Estado. É a negativa da própria existência do Estado, que se funda na sua autoridade e na sua coerção. Se for reconhecido um direito que é inexeqüível, evidentemente que o Estado se autonega. Foi dito na tribuna que os Estados Unidos encontraram uma solução que é uma campanha de adoção, mas vejamos a seguinte hipótese: se os doadores dos gametas não anuírem na adoção? No Brasil é permitido isso.

Poderia sim, em tese, fazer isso, porque a lei não veda. O que a lei não veda, no mundo privado está permitido. Só que pela legislação brasileira, evidentemente, seria necessário o consentimento daquele homem e daquela mulher que doou aqueles gametas. Se eles não consentirem nessa adoção por terceiros, como obrigar a mulher que doou o óvulo a gerar aquele embrião? O Estado não tem essa tutela e isso é juridicamente irrespondível. Seria a autonegação o Estado reconhecer um direito que ele não tem autoridade para fazer a sua execução, para fazer o seu cumprimento.

Foi dito pelo excelentíssimo Procurador-Geral da República que nenhum direito é absoluto na jurisprudência deste Supremo. E os princípios constitucionais? Se muito menos os direitos, que são regras, muito menos os princípios constitucionais, que são regramentos de ordem genérica e geral, podem ser levados a sua aplicação absoluta ao caso concreto. Jamais, disse Fábio Konder Comparato em seu livro *A Ética*, os princípios constitucionais podem ser levados ao absolutismo do ponto de vista de sua aplicação concreta, prática e de efetividade.

A questão relativa à responsabilidade do Estado deve ser também colocada sob a ótica de que outros países permitem essas pesquisas. Se o Brasil proíbe essas pesquisas e, por ventura, os outros países descobrirem situações de cura para determinadas doenças, como que vai ser o comportamento do Estado brasileiro, ou mesmo do Judiciário do qual Vossas Excelências são a cúpula, quando algum cidadão que tenha algum mal cuja cura possa estar no exterior, porque no

Brasil se proibiu as pesquisas, bater às portas da Justiça pedindo ao Sistema Único de Saúde (SUS) o pagamento daquele tratamento?

Daí, que o Estado tem que agir não única e exclusivamente sob a ótica dos princípios do ponto de vista ético, mas também sob a ótica prática. E porque não dizer, num país de desigualdades sociais, que aqueles que têm dinheiro, que aqueles que têm recursos, que aqueles que tenham uma situação financeira avantajada, irão ao exterior se tratar. E aqueles remediados, de classe média e classe pobre, não encontrarão outra solução a não ser bater à porta da Justiça, que proibiu as pesquisas aqui, para que ela determine ao Estado brasileiro que pague o tratamento lá fora.

E aí entraremos em uma esquizofrenia, porque a Justiça que negou as pesquisas aqui, provavelmente, estará concedendo futuramente o exercício do direito para proteger o quê? A vida humana! A premissa é a mesma, o princípio é o mesmo de defesa da vida humana. Mas, senhora presidente, gostaria aqui de concluir dizendo que, do ponto de vista da responsabilidade do Estado, evidentemente que as pesquisas são necessárias e os embriões não teriam como ter o seu direito tutelado, mesmo que se reconhecesse a eles o direito à vida, pois o Estado não tem instrumento para fazer esse direito ser exercido.

Diante disso, e diante de todos os outros argumentos já apresentados nas manifestações escritas e em memoriais, espera e aguarda a Advocacia-Geral da União, e também o excelentíssimo senhor Presidente da República, que seja julgada pelo Supremo Tribunal Federal improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510.

Para concluir, existe um dado que eu gostaria de trazer, que é o que diz respeito ao artigo 5º, inciso 1º; ele fala em embriões inservíveis. Eu entendo que, do ponto de vista das premissas colocadas na inicial, elas não podem atingir esse dispositivo, porque que o inciso primeiro já fala em embriões inservíveis. Se eles são inservíveis é porque não podem virar um ser humano, mesmo que colocados no útero de uma mulher. Então, do ponto de vista da discussão, está claríssimo que o inciso 1º do artigo 5º não pode ser objeto de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade.

O direito ao Direito

Maria de Fátima Mata-Mouros*

Dois anos depois de os portugueses terem assistido a uma greve dos magistrados judiciais, que foi publicamente censurada, em especial pela classe política, a Assembleia da República aprovou uma proposta de lei do governo de Portugal que integra os juízes na função pública. É esta a última novidade de uma governação votada à proclamação da reforma da Justiça. E apesar de o governo e a maioria parlamentar que o sustenta se multiplicarem em esforços para disfarçarem as consequências da inesperada inversão na tradição legislativa nacional, são inegáveis as consequências directas dela decorrentes para o Estatuto dos Magistrados Judicias: de uma aplicação meramente subsidiária do estatuto da função pública, até agora vigente, passa-se para uma aplicação directa do regime da função pública. Como se um tal regime tendencialmente indiferenciado estivesse à altura de respeitar a dignidade constitucional do Estatuto dos Juízes, contemplada no art. 215º da Constituição da República Portuguesa.

Como observa Juan Montero Aroca[1], as proclamações de independência são em si mesmas insuficientes para que esta se considere existente. O passo seguinte é estabelecer toda uma série de normas que hão-de servir para garanti-la efectivamente, das quais as mais importantes são as que integram o estatuto pessoal dos juízes. Todo o estatuto está ao serviço desse fim, sendo um meio de garantia da independência. Ora a garantia formal atende à qualidade da norma reguladora do estatuto dos juízes, o que supõe, em primeiro lugar a necessidade de lei formal, depois a necessidade de lei orgânica e, por fim, que essa lei seja precisamente a do Poder Judicial. Mas em Espanha, a Constituição estabelece a reserva de lei orgânica e de que a mesma seja necessariamente do Poder Judicial, o que exclui qualquer remissão para outra lei, seja ela qual for, para configurar o estatuto jurídico dos juízes.

O texto da Constituição portuguesa não vai tão longe, nesta matéria. De resto, são significativas as palavras de há muito dedicadas por alguns dos nossos constitucionalistas ao seu teor: «Não deixa de causar alguma perplexidade o facto de a Constituição ser tão sumária quanto ao estatuto dos juízes, tratando-se, como se trata, de titulares de órgãos de soberania. Nem sequer define os requisitos para o cargo de juiz, bem como o modo de designação (exceptuados os juízes dos tribunais judiciais e dos do TC), o que é caso único no conjunto dos titulares de órgãos de soberania.»[2]. E – prosseguem os mesmos autores –, a Constituição «remete expressamente para a lei a definição dos requisitos e regras de recrutamento (…) A competência legal para a definição do estatuto dos juízes pertence à Assembleia da República, embora não seja evidente se lhe cabe a forma exclusiva ou apenas a título de reserva relativa». Trinta anos volvidos, a proposta de lei do governo veio dar razão à sua apreensão.

Mas a referida proposta de lei do governo não se limita a menosprezar a dignidade constitucional do Estatuto dos Juízes, ao incluí-los na lei geral que rege o regime das carreiras da função pública. Ela quebra também a paridade dos titulares de órgãos de soberania, uma vez que apenas os juízes são abrangidos pela lei, em cujo âmbito são integrados como "trabalhadores da função pública". E, apesar da negação por parte do governo de qualquer intenção de beliscar a separação de poderes, a verdade é que a simples contemplação da documentação da discussão e

* Juiza de direito em Portugal.

1 *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 108-109.

2 J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Português Anotada*, Coimbra Editora, 3ª ed. revista, 1933, p. 821.

votação da lei no Parlamento não permite tranquilizar ninguém. A declaração de voto expressa por um deputado pertencente ao grupo parlamentar com maior expressão na Assembleia da República evidencia a dúvida de que a inclusão dos serviços de apoio aos órgãos de soberania como o Presidente da República e a Assembleia da República no referido regime da função pública possa comprometer a separação de poderes. Isto é, existe preocupação pela aplicação da referida lei aos assessores dos senhores deputados, mas pouco importa a inclusão dos juízes no seu âmbito.

Em contraste com a preocupação dos deputados e a proposta do Governo, o Procurador-geral da República teme que a colocação dos magistrados ao nível dos funcionários comprometa a sua independência ao que o Ministro da Justiça se apressa a responder com a proclamação do respeito pela autonomia do Ministério Público, não deixando, todavia, de atribuir a "atrevimento" ou "desconhecimento" a preocupação exteriorizada pelo Procurador.

Neste momento aguarda-se pela apreciação da conformidade constitucional do diploma, remetido ao Tribunal Constitucional pelo Presidente da República. Independentemente daquela decisão, e para além da questão constitucional colocada, o certo é que mais uma vez o intuito reformador da Justiça se queda pelos servidores, esquecendo que o que interessava era melhorar o serviço. O problema é que, ao introduzir uma novidade aparentemente dirigida contra os juízes, o poder político acabará, porém, por atingir essencialmente o cidadão. E, desta vez, atingi-lo-á na mais preciosa expressão do seu estatuto de cidadania: *o direito ao direito*.

Nas democracias consolidadas as áreas em que se concretizam as violações ao direito ultrapassaram em muito o campo de actuação do cidadão comum. Elas abrangem também, e cada vez mais, os domínios dos detentores do poder. Significa isto que no Estado de Direito o legislador não é omnipotente e o direito não pode ser concebido como instrumento da política. Nem mesmo quando a política é expressão de uma maioria absoluta. É precisamente no equilíbrio entre jurisdição e democracia que se joga a possibilidade institucional de afirmação do direito e, com ela, a garantia dos direitos dos cidadãos. E o perigo de desequilíbrio é tanto maior, quanto mais profunda for a tendência dominadora de um poder político inebriado pela legitimidade proporcionada por uma vitória esmagadora nas urnas.

Cabendo aos tribunais a declaração da ilegalidade de qualquer violação dos direitos dos cidadãos, mesmo que estas provenham dos detentores do poder público, o juiz corporiza, de certa forma, um *contra-poder*. E nesta perspectiva, o poder judicial pode ser um poder virtualmente «contra a maioria», já que também os direitos fundamentais se podem traduzir em direitos contra a maioria, na feliz expressão de Ronald Dworkin. Ora, para exercer uma tal função, é claro que o juiz não pode ter nenhuma relação de dependência nem directa, nem indirecta, para com outro poder, como conclui também o conhecido teorizador do Direito do nosso tempo, Luigi Ferrajoli[3]. É ainda este último autor a lembrar que «o principal fundamento actual da legitimação da jurisdição e da independência do poder judicial relativamente aos demais poderes, legislativo e executivo, ainda que sejam – ou precisamente porque são – poderes da maioria» reside na «sujeição do juiz à Constituição e, por consequência, no seu papel de garante dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos»[4]. E isto «precisamente porque os direitos fundamentais sobre os quais assenta a democracia substancial são garantidos a todos e cada um de forma incondicional, inclusivamente contra a maioria.» Isto é, «deve haver um juiz independente que intervenha para reparar as injustiças sofridas, para tutelar os direitos de um indivíduo, ainda que a maioria ou inclusivamente todos os demais na totalidade se unirem contra

[3] Luigi Ferrajoli, «Jurisdição e Democracia», *Revista do Ministério Público*, ano 18, n.º 72, p. 18.

[4] Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, editorial Trotta 1999, p. 26-27.

ele; disposto a absolver por falta de provas mesmo quando a opinião pública reclama a condenação, ou a condenar, existindo provas, mesmo que aquela mesma opinião pede a absolvição». (…) Nenhuma maioria pode tornar verdadeiro o que é falso, ou falso o que é verdadeiro, nem, portanto, legitimar com o seu consenso uma condenação infundada por haver sido decidida sem provas.».

O curioso é que, ao mesmo tempo que era conhecida a referida proposta de lei do governo, a desconfiança de que o telefone do Procurador-geral da República poderia estar a ser alvo de devassa levou o representante máximo do Ministério Público ao Parlamento. As primeiras perguntas dirigidas pelos deputados ao procurador foram para saber quantas escutas se fazem anualmente em Portugal, quantos escutados chegam a ser acusados e quantos sofrem condenação. E, todavia, eram decorridos apenas dois meses sobre a aprovação de um novo regime de escutas no Código de Processo Penal pelo poder legislativo. Não houve novidades nas declarações produzidas no Parlamento pelo Procurador-geral da República. Mas um aspecto não deixou de ser sublinhado: escutas, só com autorização e controlo de um juiz.

Acontece que o principal problema que interessava resolver no regime das escutas, como de resto em qualquer medida de ingerência nos direitos fundamentais no nosso inquérito criminal, era precisamente o da adequação da reserva judicial para exercer um efectivo controlo da sua legalidade e assegurar a sua correcta utilização, como tem vindo a ser denunciado pelos próprios juízes.

A resposta que obtiveram foi a sua reclassificação como funcionários públicos. Ignorarão os Senhores Deputados os ensinamentos da história e que nos dizem que a equiparação do juiz a funcionário teve sempre como último objectivo negar a independência daquele?

De resto há muitas formas de garantir obediência.

Na França de 41 foi alterada a fórmula de juramento dos magistrados. «*Juro fidelidade à pessoa do chefe de Estado*», passou a constar. Só um magistrado, o presidente Didier, recusou prestá-lo. Mas os seus escrúpulos não foram compreendidos. Nem mesmo pelos seus colegas. Muitos magistrados pensaram que era tão ridículo recusar, como prestar aquele juramento, e que não seria o cumprimento de uma mera formalidade administrativa a comprometer a sua consciência. Por isso repetiram aquela fórmula, arruinando o carácter de um juramento, como nos conta o conhecido advogado e filósofo Jean-Marc Varaut[5].

Mas comprometeram também a dignidade da sua independência. Nem sempre reside numa ordem o caminho para a obediência.

A justiça é independente e imparcial quando se trata de dizer o direito entre particulares e é também assim em relação aos homens de Estado quando os governos são fracos; mas quando a coincidência da maioria parlamentar e da maioria presidencial eleva um poder acima dos outros, a justiça fica desarmada para o conter, observava ainda o mesmo advogado a propósito da realidade francesa. É nessa altura que o Estado de Direito tende a ceder ao direito do Estado.

A lei é, com efeito, expressão da maioria. Tal como a legitimação da democracia política, ligada à representação. Mas a legitimação dos juízes não deriva da vontade da maioria. Nos modernos Estados de Direito, o fundamento das suas decisões tão pouco se resume à repetição acrítica da letra da lei. Uma e outro (legitimação e fundamento da decisão judicial) residem, isso sim, na intangibilidade dos direitos fundamentais, expressa na Constituição. É sabido, desde há muito, que Estado de Direito não se confunde com a lei do Estado. E a concretização daquele exige juízes que saibam e possam ir além do que está escrito na "partitura" da lei, sem lhe

[5] Jean-Marc Varaut, *Le Droit au juge*, Quai Voltaire, *1991*, p. 140.

alterarem a melodia. Para usar a feliz imagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal alemão, Günter Hirsch[6], as características apontadas por Horowitz para um bom pianista, servem na perfeição também ao juiz: «para tocar piano é preciso razão, coração e meios técnicos, a desenvolver de forma harmoniosa. Sem razão, temos um fiasco, sem técnica, um amador, sem coração, uma máquina».

Em sede de proclamação de princípios ninguém se atreve a negar a independência dos juízes. É assim, no continente europeu, desde a revolução francesa. Toda a sociedade que não garanta os direitos e não assegure a separação dos poderes não tem constituição, afirmou a Declaração dos Direitos do Homem de 1789. Não deixa de ser engraçado perceber como a Constituição, saída da mesma revolução, proclamando bem alto a separação de poderes e dedicando todo um capítulo ao poder judicial, não pouparia, afinal, esforços para impedir que a justiça se transformasse num verdadeiro poder.

Volvem-se os anos, esbatem-se as fronteiras, mas a história repete-se.

O poder político protesta respeito incondicional pela independência dos juízes, mas na hora de votar o orçamento os discursos revelam a tradicional desconfiança pela Justiça e esta é colocado ao nível de qualquer outro serviço. Ao quantificarem-se os montantes disponíveis para os tribunais é ainda da sua independência que se trata. Não admira que haja a tentação de resolver os seus problemas através da Lei do Orçamento.

Acontece que a função judicial tem por missão responder à obrigação do Estado de fazer justiça. Isto é, restituí-la àqueles em cujo nome é exercida. E é a própria necessidade da existência de poder na sociedade que nos coloca perante a inevitabilidade da existência de juízes que o exerçam. É por isto que os ofícios da justiça são diferentes de todos os outros e a função de julgar não se contém nos limites de um serviço público. Ela constitui também um contra-poder. Um poder que, no respeito pela lei, limita os outros poderes. Para tanto, o juiz deve ter um estatuto pessoal que lhe garanta independência. E este não cabe numa lei que estabelece os regimes das carreiras dos «trabalhadores que exercem funções públicas». Mesmo que surja a promessa de não ser para valer. De resto, num Estado de Direito, a afirmação de que uma lei não é para valer só reforça a indispensabilidade de juízes independentes.

Toda a forma de dependência neutraliza o poder. Mesmo a ditada pela força dos símbolos. Também por esta razão é um erro designar de "sindical" uma associação de juízes. Quando o símbolo da dependência reside na letra de uma lei não vale a pena negá-lo. No Direito não há lugar para leis simbólicas. Uma lei dos trabalhadores da função pública que integra os juízes no seu âmbito é uma lei que vê os juízes como funcionários públicos. E mesmo que aquela classificação não tenha, para já, sequência, ela não deixa de conter uma intenção. Tal como na França ocupada, nem sempre é preciso uma ordem para fazer obedecer.

Não é o poder judicial que pode ameaçar a liberdade geral de um povo. Tal como observado por Messias Bento «numa sociedade democrática em que os poderes são separados uns dos outros, o *poder dos juízes*, é, apesar de tudo, o *menos perigoso* de todos os poderes: desde logo, porque é o poder que está mais disperso e difuso, sendo, logo por essa razão (…) o mais fraco dos três poderes; e, depois, porque, como já em 1787 também sublinhava o *Federalista*, ele "*não tem a menor influência sobre a espada, nem sobre a bolsa: não participa da força, nem da riqueza da sociedade*", e não pode tomar qualquer iniciativa»[7]. Os juízes limitam-se, pois, a julgar, dependendo, inclusivamente do poder executivo, para que os seus julgamentos possam ser executados. E julgar torna-se cada vez

[6] Günter Hirsch, «Auf dem Weg zum Richterstaat?», Juristen Zeitung, 21 de Setempbro de 2007, p. 858 (tradução nossa).

[7] Messias José Caldeira Bento, «Reflectindo sobre o Poder dos Juízes», in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra Editora, 2003, pp. 299-300.

mais difícil quando se sucede a publicação incessante de leis que logo no primeiro dia de vigência suscitam interpretações opostas.

Entre nós, Castanheira Neves[8] não poderia ter sido mais claro quando referiu que para realizar o verdadeiro e decisivo direito do homem – o tal *direito ao direito* – é indispensável o juiz. «Negar-se-á nesse seu sentido se for mero funcionário, funcionalmente enquadrado e nisso comprazido, servidor passivo de qualquer legislador, simples burocrata legitimante da coacção».

É por tudo isto que o juiz não pode ser um órgão do Estado-aparelho. Não, por o estatuto de funcionário público lhe acarretar qualquer tipo de menoridade, mas por lhe impor uma subalternidade incompatível com as suas funções. A proclamação da independência judicial na Constituição não dispensa a conformidade estatutária a concretizar na lei. Em todas as instituições existem especificidades próprias que não podem ser alteradas sem que seja desvirtuada a sua essência. É por isso que as reformas do Estado não podem ignorar séculos de história.

É que, em Democracia, os governos mudam mas as instituições permanecem.

Dentro de dias ficaremos a conhecer qual a decisão do Tribunal Constitucional português sobre a proposta de lei do governo aprovada na Assembleia da República[9]. Veremos então também se Portugal continuará a ser uma referência para os juristas brasileiros que nos procuram para aprofundar as raízes da organização judiciária brasileira, ou se, pelo contrário, será ao Brasil que nós, juristas portugueses, teremos que ir reencontrar o rumo da história da independência dos juízes que servem nos nossos tribunais.

---

8 A. Castanheira Neves, «Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema" – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito», in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 130.º, 1998, n.º 3886, p. 14.

9 Dias depois de terminado este texto, o Tribunal Constitucional declarou inconstitucional o diploma na parte em que incluía os juízes no regime geral das carreiras da função pública. Não houve, porém, unanimidade entre os conselheiros. O texto do Ac. n.º 620/07, de 20 de Dezembro, está disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

A relação Estado e Sindicato e a Constituição de 1988

Ney Prado*

SUMÁRIO: *I. Introdução – II. O Sindicato como fenômeno político - III. O Sindicato como fenômeno jurídico – IV. Estado e Sindicato na História - V. O Estado brasileiro e o Sindicato – VI. O Modelo Sindical brasileiro anterior e posterior a Constituição de 1998 – VII. Conclusão*

I. Introdução

A relação Estado e Sindicato é por demais complexa. Não basta simplismente "conhecer as leis e sistemas que o regem, mas também os homens que o compõem, suas motivaçoes, suas ideologias, seus fins e seus objetivos"[1].

Para efetivamente captar-se a essência e extensão desse instigante e desafiante fenômeno, há que se levar em conta, sua dimensão social, econômica, política e jurídica, à luz da cronodinâmica da história e das condições subjetivas e objetivas de cada país. Somente assim poder-se-á melhor identificar sua gênese, suas diversas fases ou ciclos históricos, suas implicações e os tipos de modelos de Estado e Sindicato envolvidos na relação.

II. O Sindicato como fenômeno político

Embora atributo da pessoa humana, o poder tem vocação coletiva. O meio social é o seu universo natural. Qualquer que seja a forma ou modalidade com que se apresente, é nele que o poder tende a se ampliar, pois é de sua essência expandir-se e não deixar vácuo[2].

Precisamente por essa expansão é que se produzem variações e mutações em sua natureza, passando de poder individual a poder coletivo e de personalizado a institucionalizado.

Certos interesses, porque tem natureza coletiva, não podem ser satisfeitos individualmente. Da consciência dessa contingência, surge a necessidade derivada da concentração do poder, que adquire, assim, condições de alcançar níveis de energia suficientes para mover a sociedade em busca de satisfação desses mesmos interesses.

É concentrado que o poder transcende da condição de instrumento de realização pessoal e passa a servir a idéias sociais e a valores convivências.

Ao lado das manifestações individuais surgem então, em permanente convivência, as grupais, de todos os tipos.

Cumpre, pois, na análise política da ação dos sindicatos distinguir os dois componentes do poder: o individual e o institucional.

> O primeiro expressa a influência da dimensão humana do poder, ou seja, a capacidade catalizadora de certas personalidades para utilizar a concentração de poder de modo a alterar, num dado momento, o curso e o fim de determinado ciclo da história; o segundo retrata a influência social do poder. São agora as instituições as forças catalizadoras e concentradoras de poder, que surgem com características inovadoras e insopitadas, e que pela concentração estável e impessoal do poder coletivo, constituem-se na grande chave identificadora de determinado ciclo.

---

* Presidente da Academia Internacional de Direito e Economia

1 Alfredo Ruprecht, **Relações Coletivas de Trabalho,** Editora LTr, São Paulo, 1995, p. 129

2 Diogo de Figueiredo Moreira Neto, **Teoria do Poder**, São Paulo, RT, 1992, p. 178

Embora estáveis e impessoais, as instituições não são imutáveis. Por refletirem as condições subjetivas e objetivas de cada sociedade podem tornar-se obsoletas e peremptas.

Geralmente se transformam, paulatinamente, pela evolução. Outras vezes, abruptamente, pela via revolucionária. Neste caso, caracteriza-se o fim de um ciclo histórico e o surgimento de outro ciclo, adaptado às novas contingências políticas.

III. O Sindicato como fenômeno jurídico

Nem todos os fenômenos sociais e econômicos se politizam e, mais ainda, nem todos os fenômenos políticos se juridicizam.

O ingresso do sindicato no mundo jurídico foi uma conseqüência do positivismo jurídico, de um lado, preocupado em tudo regrar, e, de outro, do movimento sindical, preocupado em substituir-se ao poder do Estado.

Seu início, na Inglaterra, bem demonstra essa dúplice força condicionante, expandindo-se, o exemplo, a quase todos os países, embora existam os que não levaram ao direito as prescrições sindicais.

A evolução do reconhecimento jurídico dos sindicatos atingiu sua plenitude quando os textos constitucionais passaram a contemplar os denominados direitos sindicais.

Assim ocorreu com a Constituição do México, de 1917 e com a Constituição alemã de Weimar, de 1919, seguindo-se, ainda, a da República Federal da Alemanha, de 1949; a da França, de 1958, que confirma a declaração do preâmbulo da Constituição de 1946, a da Itália, de 1947 etc."[3].

A Convenção nº. 87, adotada pela Conferência Internacional do Trabalho, realizada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), em julho de 1948, versando sobre "Liberdade Sindical e Proteção ao Direito de Sindicalização", em seus 21 artigos, consagra o princípio da liberdade sindical, como fica claramente demonstrado em seu art. 2.1: verbis: "Os trabalhadores e empregadores, sem distinção de qualquer espécie, terão direito de constituir, sem autorização prévia, organizações de sua escolha, bem como o direito de se filiar a essas organizações, sob a única condicão de se conformar com os estatutos das mesmas".

E no art. 3.1, garante a plena autonomia das entidades profissionais, sendo-lhes facultado o direito de elaborar seus estatutos e regulamentos administrativos, além da possibilidade de eleição livre de seus representantes, da organização e gestão de suas atividades e da escolha de seu plano de ação[4].

IV. Estado e Sindicato na História

Não obstante os fenômenos sociais repudiem as tentativas de esquematização, elas são necessárias para uma avaliação crítica da evolução das instituições e, sobretudo, para os hoje cada vez mais importantes exercícios de prospectiva. Por isso, procuraremos distinguir as fases dessas transformações do poder, face à relação entre Sindicato e Estado.

É necessário observar, todavia, que essas fases não são, rigorosamente, nem sucessivas, nem estanques. Buscam apenas atender a uma visão sistemática do processo histórico juspolítico, concebida a partir das relações de poder.

---

[3] Ari Possidonio Beltran, **Autotutela nas Relações do Trabalho,** Editora LTr, São Paulo, 1996, p. 118-122

[4] A liberdade e autonomia sindical é o poder que têm as sociedades intermediárias, como as organizações sindicais e as empresas, de se adjudicar um ordenamento jurídico (Mazzoni), de exercer uma capacidade normativa que se situa entre a do Estado e a das unidades e entes a que ele a atribui (autonomia pública) e a atividade dispositiva dos particulares, exercida no espaço que lhes deixa o ordenamento estatal, através de contratos e negócios jurídicos (autonomia privada).

O método é, portanto, bastante simples e, é de se crer, suficientemente satisfatório para os fins deste ensaio: pôr em evidência, como conseqüência das transformações históricas do poder, as soluções que a Política criou e o Direito sedimentou.

Esta é a razão de iniciar o seu estudo com um bosquejo histórico, sem o quê não seria inteligível o que se está passando na atualidade com essas instituições.

Saliente-se que, além de escorregadio e insubmissível a padrões conceituais precisos, se tem mostrado historicamente mutável pelas razões anteriormente já assinaladas, apresentando, por isso mesmo, variantes locais de continente a continente, de região a região e de país a país.

Numa divisão esquemática que parte, fundamentalmente, da relação Sindicato e Estado, pode-se distinguir cinco distintas fases na evolução do sindicalismo, desde seu surgimento, nos albores da Revolução Industrial, até os dias de hoje.

1. O Estado sem Sindicato **2.** O Sindicato contra o Estado **3.** O Sindicato no Estado
4. O Sindicato diante do Estado **5.** O Sindicato apesar do Estado

A variação das características relacionais entre essas duas expressões de poder contemporâneas singulariza cada uma dessas fases em seus respectivos momentos históricos: a **fase da intolerância**, a **fase contestatária**, a **fase corporativista**, a **fase democrática** e a **fase atual**, que se deixa de batizar por estar ainda se modelando a partir das novas tendências econômicas, sociais e laborais.

A **fase da intolerância** é caracterizada pela total proibição da criação, organização e funcionamento de qualquer manifestação sindical.

Iniciou-se com o Édito Turgot (1776), e robusteceu-se com a Lei Chapelier, de 17 de junho de 1791[5], que em seus arts. 11 e 21 dizia ser uma das bases fundamentais da Constituição "a abolição de toda classe de corporações de cidadãos", ficando proibido restabelecê-las de fato, sob qualquer pretexto e com qualquer forma.

O grau de intolerância foi ainda maior quando o Código Penal de Napoleão (1810) tipificou como delito a coalizão e a greve, cominando-lhes sanções. Nesse contexto, sindicato foi, assim, colocado à margem da lei. É a fase do **Estado sem sindicato**.

A segunda fase é a do **sindicato contra o Estado**. Emergiu quando ainda primava a contratação de trabalho individual, marcando os tímidos primórdios da luta da classe operária, em pleno capitalismo manchesteriano, para afirmar suas reivindicações associativamente. Era, então, uma expressão de descontentamento e um esboço de revolta contra o modo de produção do capitalismo primitivo e contra a agressão burguesa. Como o Estado não se imiscuía nas relações privadas, mantidas no domínio da autonomia da vontade, os sindicatos nascentes não tinham com ele qualquer relação e, muito menos, expressão política. O associacionismo cooperativo, de natureza privada, foi, com efeito, a semente dos primeiros sindicatos – **sindicatos de profissões** – como o de R. OWEN, na Inglaterra, os Cavaleiros do Trabalho, nos Estados Unidos, as **Boures du Travail**, na França e, mais tarde, inspirando-se nesses modelos, as já adiantadas **Camere del Lavoro**, na Itália.

Amadureceu, então, a consciência do poder e do papel que poderiam desempenhar os sindicatos no âmbito político e nas relações produtivas.

Estava completada a transição do **sindicato de profissões** para o **sindicato de indústria**. As forças revolucionárias pregavam, radicalmente, o uso extremo desse poder emergente para subverter o Estado e, através dele, eliminar a espoliação capitalista. Nasce, à época, a **greve**, como instituto de pressão não apenas sobre o patronato mas sobre o Estado

[5] Alfredo Montoya Melgar, **Derecho del Trabajo,** Madrid, Editorial Tecnos, 1993, p. 111

e, até, sobre a sociedade, dentro do conceito corrente da luta de classes. O Estado, visto como expressão da classe dominante, a burguesia capitalista, é tomado como inimigo.

Nessa fase, diante do surgimento de associações de fato, o Estado viu-se obrigado a rever a legislação restritiva e primitiva vigentes. Passou, então a adotar uma atitude de maior tolerância, em grau variável, de país para país.

Primeiramente, na Inglaterra. Em 1824 e 1825 foram revogadas as leis sobre coalizões (Combination Acts). Em 1871 pela Trade Union Act, os sindicatos deixaram de ser considerados como organizações criminosas. Em seguida, na França. Uma lei de 25 de março de 1864 modificou artigos do Código Penal que tipificavam o crime de coalizão. Nem toda ação sindical seria, a partir de então, delituosa, mas apenas aquelas que implicassem violências, ações diretas ou fraudulentas, com o intuito de forçar a alta ou a baixa dos salários, ou de atentar contra o livre exercício da indústria e do comércio[6]. E finalmente, em 1884, a lei Waldek-Ronsseau revogou a lei Chapelier e o art. 416 do Código Penal.

Giuliano Mazzoni escreve que, depois de 1860, em quase todas as legislações, desaparece com certa rapidez, de acordo com o progresso industrial de cada país e os movimentos sindicais, o delito de coalizão, restaurando-se, então, a liberdade de associação, quer para entidades de trabalhadroes, quer para as patronais.

É certo que, de maneira geral, num primeiro momento, simplesmente foi suprimida a tipificação penal do delito de coalizão, embora sem reconhecimento do direito de asssociação, o que somente seria adimitido mais tarde.

Assim, além de Inglaterra e França, também a Alemanha (1869) e a Holanda (1872) e a Itália (1890), passaram a adotar nova postura diante da questão.

A terceira fase, a do **sindicato no Estado** assimila a reação da organização política contra as crescentes investidas do poder sindical. A estratégia usada é da absorção desse poder, inserindo-o na estrutura estatal. Com apoio filosófico no pensamento hegeliano, que pregava a integração final e definitiva da sociedade no Estado, inúmeras formas de ingerência e intromissão nos sindicatos tiveram surgimento, culminando com a própria sindicalização do Estado, reproduzida em vários modelos simbióticos de relação entre essas duas instituições. O **corporativismo**, prestigiando a instituição da sociedade-Estado, conformada por um mosaico de corporações classistas, erigiu-se em doutrina política e desde então o trabalho, passou a ser "tutelado pelo Estado"[7], dando surgimento aos modelos italianos, da **Carta del Lavoro**, de 1927; ao espanhol, do **Foro do Trabalho**, de 1938, ao português, do **Estatuto do Trabalho Nacional**, da Constituição de 1933; e ao austríaco, do **Conselho Nacional de Economia**, da Constituição de 1934 - todos antecedentes diretos do modelo laboral da Constituição brasileira de 1937. **É a fase do corporativismo ou do sindicalismo no Estado.**

A quarta fase, do sindicato diante do Estado, corresponde, nesta breve evolução do sindicalismo, às reconquistas da liberdade e da democracia alcançadas depois das duas Guerras Mundiais. A economia volta a beneficiar-se da competição e a política, das eleições livres. Os sindicatos se libertam do Estado e conquistam, no processo, sua autonomia. A greve ressurge, como instrumento de pressão válido numa sociedade que estimula a multiplicação de centros de poder de toda a ordem e retira do Estado o ônus das decisões e da atuação como agente econômico e social para concentrá-lo na composição de conflitos insuportáveis. **É a fase do sindicalismo livre e legal.**

---

[6] Alfredo Montoya Melgar, op. cit., p. 112

[7] José Augusto Chaves Guimarães, Os Sindicatos no Estado Contemporâneo, Editora LTr, nº. 11, nov. 1991, p. 1.361

A atual e **quinta fase** da **relação Estado e sindicato** é, ao que tudo indica, de transição. Embora prossigam vigentes algumas das tendências econômicas e sociais surgidas ou ressurgidas na fase anterior, como, por exemplo, o pluralismo, novos fenômenos tais como a articulação da produção do comércio e das finanças mundiais, a globalização do poder, a robotização, a emergência da economia informal, entre tantos outros, que ainda pendem de maior reflexão sobre seu impacto no mercado do trabalho, já indicam uma crise do trabalho organizado e o declínio do unionismo principalmente visível nos Estados Unidos da América. Reside, talvez, com maior impacto, nos desdobramentos do pluralismo social, as mais poderosas influências que atuarão no remodelamento dos futuros sindicatos. Com efeito, ao robustecimento e à expansão do pluralismo correspondem a definição e a tutela jurídica de novos direitos subjetivos, como os coletivos e os difusos. As entidades sociais secundárias tornam-se protagonistas legitimadas para atuar judicial e extrajudicialmente na tutela desses interesses e, cada vez mais, os sindicatos passam a assumir o papel de interlocutores dos interesses coletivos trabalhistas face aos demais agentes da sociedade, desfazendo-se todos os laços que os relacionavam ao Estado.

Em suma, o pluralismo associativo vem se tornando, cada vez mais, um **pluralismo de poder**, produzindo uma constelação de pólos entre os quais, como sintetizou brilhantemente MASSIMO SEVERO GIANNINI, o Estado não é mais que um deles, central, ainda o maior e especializado na **vis absoluta**, mas, indubitavelmente - e isso é o que importa - um entre vários[8].

V. O Estado brasileiro e o sindicato

A industrialização e, por conseguinte, o operariado urbano, só surgiu no Brasil por volta da década de trinta. O modelo sindicalista brasileiro não passou, assim, pela fase libertária nem pela fase contestatária, como ocorreu com os países que fizeram sua Revolução Industrial no século passado. Nosso modelo já nasceu sob o signo do **corporativismo**, com forte influência da **Carta del Lavoro** italiana, por sinal, o carro-chefe do fascismo mussoliniano (instituída em 1927 e revogada em 1944).

Não obstante a Organização Internacional do Trabalho – OIT houvesse proclamado a **liberdade sindical** na célebre Resolução 87, em l947, o modelo getuliano de intervencionismo brasileiro perdurou até a Constituição de 1988: ao todo, cinqüenta e sete anos.

Ainda assim, nesse longo período, houve um desdobramento de fases em que o sindicalismo variou sob o impulso da vida política, econômica e social do País, embora fundamentalmente orientada por uma visão estatizante, nacionalista e xenófoba, adequada ao sentido cepalino da teoria de substituição de importações e fechamento protecionista de mercados, que predominou durante um longo período.

Pode-se vislumbrar cinco grandes fases durante toda a vida do sindicalismo brasileiro: o **anarco-sindicalismo**, o **corporativismo ortodoxo**, o **populismo**, o **da sobrevivência** e o **novo sindicalismo**.

A fase do **anarco-sindicalismo** se prende às primeiras tentativas não organizadas do movimento operário no País. Ainda em pleno regime escravagista, registra EVARISTO DE MORAIS FILHO, foram fundados no Rio de Janeiro a "Liga Operária" (l870) e a "União Operária dos Trabalhadores do Arsenal de Marinha" (1880), como associações pioneiras de reivindicação laboral[9]. Mas não foi senão depois da Abolição, com a entrada maciça da mão-de-obra imigrante proveniente da Europa, que se desenvolveu a consciência das vantagens e da

---

8 Massimo Severo Giannini, **Trattato di Diritto Amministrativo**, Ed. Cedam, Padova, 1988, V. I, p. 17

9 Evaristo de Moraes Filho, **Introdução ao Direito do Trabalho**, Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1956, p. 166

necessidade do associacionismo laboral, fermentada pelos movimentos anarco-socialistas, do operariado católico e dos partidos comunistas que, em seu conjunto, acabaram propiciando o clima de radicalismo que gerou a Revolução de Trinta e a ditadura Vargas.

A fase do **corporativismo ortodoxo** (1930-1945) está ligada ao exercício do poder por Getúlio Vargas e às suas soluções corporativistas.

Surge a Consolidação das Leis do Trabalho e seu conceito matriz de **unidade sindical**, com uma disposição piramidal, impeditiva da liberdade associativa em bases horizontais e, por elas ligadas ao vértice do Estado, controlador de todos os recursos, o **imposto sindical** todas – impedidas de deliberar livremente em quaisquer dos níveis. Na expressão de VICTOR RUSSOMANO JÚNIOR, o sindicato passou a ser "uma mera entidade assistencial, de colaboração técnico-burocrática e de representação das categorias profissionais junto às autoridades governamentais e à administração da assistência social"[10].

Em síntese, são estas as características fundantes do sindicalismo brasileiro da época getuliana a) rígido controle estatal; b) prévia aprovação do governo para aquisição da personalidade jurídica; c) falta de autonomia e liberdade sindicais; d) fomento do aspecto cooperativo sobre o reivindicatório, sendo utilizadas a greve e a convenção coletiva apenas em caráter excepcional; e) garantia do sindicato único para manter mais controle sobre a representação; f) intervencionismo detalhista sobre a vida interior dos sindicatos[11].

A **fase do populismo** (1945 a 1964) chegou no crepúsculo da Era Vargas, já desfeita a estrutura geral do corporativismo da Constituição de 1937 e retomada a escolha democrática dos dirigentes políticos. As novas realidades políticas proporcionavam maior autonomia sindical e a ruptura da rígida estrutura piramidal mas, nem por isso, divorciaram o sindicalismo do Estado. Talvez, ao contrário, o movimento sindical, revestindo-se da pressão do populismo nacionalista e estatista em plena ascenção, se tenha tornado mais que um agente autônomo para desempenhar um papel cada vez mais politizado no embate ideológico reinante, como um sócio dos candidatos e dos governos populistas. O importante não era, portanto, o controle dos sindicatos, mas a sua utilização como massa de manobra e instrumento de pressão política. A análise dos movimentos grevistas no começo da década de sessenta nos revela a primazia dada às questões político-ideológicas sobre as reivindicações tipicamente laborais. Com o apoio de JOÃO GOULART, alguns sindicatos "haviam se transformado em autênticos partidos políticos, com enorme poder de chantagem, no caso dos sindicatos de atividades essenciais"[12].

A **fase de sobrevivência** (1964 a 1978) corresponde à desmobilização política dos sindicatos realizada pelo regime militar vitorioso em 1964. Além da despolitização sindical, encetada na primeira hora, disciplinaram-se severamente as paralisações na Lei de Greve (Lei n1 4.330, de 11 de junho de 1964). As intervenções nos sindicatos foram o instrumento de desmobilização: levaram seis anos, durante os quais várias precauções foram tomadas para evitar uma recidiva da manipulação política dessas agremiações – revogaram-se os mecanismos corporativos de entrosamento político e instituiram-se sanções repressivas através da Lei de Segurança Nacional. No final desta fase, obtidos os resultados desejados, iniciou-se a descompressão dos sindicatos, coincidindo com a abertura política geral dos governos GEISEL e FIGUEIREDO.

A fase do **novo sindicalismo** nasce com a retomada do dinamismo do sindicalismo brasileiro, a partir da segunda metade da década de setenta, mobilizando um grande número de trabalhadores jovens, em sua maioria operários de setores mais modernos da economia e, em especial, das regiões industrializadas do ABC paulista. MARCO ANTONIO DE OLIVEIRA,

[10] Victor Russomano Júnior, Representatividade do Sindicato Brasileiro, Rev. TRT, 8º. Região, Belém, 21 (40), ps. 39-43, 1988

[11] Antônio Álvares da Silva, Marcos Legais do Corporativismo no Brasil, in Mundo do Trabalho, Editora Página Aberta, São Paulo, 1994, ps. 121-123

[12] Roberto Campos, **O Poder Sindical Reconsiderado, A Lanterna na Popa**, Ed. Topbooks, 1994, Cap. XII, p. 721

estudando o fenômeno, conota-o às mudanças estruturais do País e ao aparecimento de "uma nova classe operária e de uma classe média urbana assalariada". Mais que evidenciar as demandas laborais, a grande contribuição do novo sindicalismo foi definir o **novo interlocutor coletivo**, disposto à auto-afirmação e à expressão de seus associados. No período mais adiantado dessa retomada de consciência da **identidade coletiva** dos sindicatos, desenvolve-se a idéia de que as centrais sindicais podem, na prática, substituir os sindicatos como instrumentos de negociação de melhores salários e melhores condições de trabalho.

"Contrariando o que para muitos revelava uma tendência de crise ou declínio dos sindicatos em escala global, a partir da segunda metade dos anos setenta, o sindicalismo brasileiro começava a desfrutar de um intenso dinamismo e deixava rapidamente a condição de movimento social *stricto sensu* – que teve como palco privilegiado as greves históricas da região do ABC, em São Paulo – para ingressar numa etapa de generalização e diversificação de suas experiências de mobilização e organização dos trabalhadores"[13].

As novas condições objetivas e subjetivas advindas a partir desse novo momento na vida brasileira teria necessariamente que influir na natureza do sindicalismo até então vigente, com significativas mudanças na atitude e comportamento dos atores envolvidos no processo sindical.

De parte do **governo** os fatos mais relevantes foram, dentre outros: a reabilitação dos sindicalistas punidos pelo antigo regime; a postura não intervencionista do Ministério do Trabalho; a aceitação das Centrais Sindicais; o diálogo social, novo e original entre os atores sociais para a renovação do mundo do trabalho; o estímulo às Câmaras Setoriais; as manifestações de apoio às conversações diretas entre patrões e empregados e a reformulação do modelo sindical, realizada com a Constituição de 1988.

Por outro lado, o **empresariado** passou também a assumir diferente atitude e comportamento no seu relacionamento com os sindicatos de trabalhadores e suas respectivas lideranças. Deixando de lado o preconceito tradicional, passaram a aceitar o diálogo e a negociação direta com seus empregados ou através dos seus sindicatos. Novos e ativos interlocutores surgiram em seu âmbito ocupando espaço até então reservado às lideranças e entidades empresariais tradicionais.

Do lado dos **trabalhadores**, esse período se caracterizou por seu caráter dinâmico, mobilizador e organizativo dos sindicatos. Dentre os aspectos mais relevantes, merecem destaque: a aceitação dos conflitos trabalhistas como um dado natural do regime econômico estabelecido; a busca da solução dos conflitos por meio de negociação coletiva; a expectativa de demolir o "sistema corporativo e substituí-lo por outro, ainda que indefinido[14]; a co-responsabilização das bases, quanto às possibilidades e aos rumos dos movimentos sindicais; a intensa atividade grevista[15]; a extensão do associativismo sindical ao funcionalismo público; a criação das centrais sindicais"[16]; o surgimento de lideranças sindicais independentes do Estado e do empresariado e com notoriedade e prestígio junto à sociedade civil[17]; a proliferação de outras formas de representação dos pequenos produtores no campo;a modificação do discurso e da agenda sindical; a ativa participação sindical no debate e na apresentação de propostas durante os trabalhos constituintes; o esforço na formação de quadros, através de processos e práticas educativas intencionalmente programadas[18], etc.

---

[13] Marco Antonio de Oliveira, op. cit, p. 497

[14] Francisco Luiz Salles Gonçalves, **A Evolução dos Acordos e Conflitos Coletivos no Período Recente do Sindicalismo Brasileiro** (1977-93), in O Mundo do Trabalho, Editora Página Aberta, São Paulo, 1994, p. 275

[15] Álvaro Augusto Comin, **A Experiência de Organização das Centrais Sindicais no Brasil**, in O Mundo do Trabalho, Editora Página Aberta, São Paulo, 1994, p. 386

[16] Augusto Comin, op. cit, p. 363

[17] Francisco Luiz Salles Gonçalves, op. cit, p. 269

[18] Silvia Maria Manfredi, **Educação Sindical no Brasil nas Décadas de Setenta e Oitenta**, in O Mundo do Trabalho, Editora Página Berta, São Paulo, 1994, p. 289

Todos esses aspectos revelam que o **novo sindicalismo**, em que pese a persistência de vícios da velha estrutura corporativista, apresentou, nesse período (1979 a 1989), características e impulsos inovadores no plano da ação e da organização sindical, quando comparados às outras fases históricas do sindicalismo brasileiro.

A partir de 1990, fatos novos internos e externos, conjunturais e estruturais viriam a abalar o movimento sindical.

No plano **ideológico**, a crise mundial do Estado intervencionista provocou uma quádrupla rebelião contra o Estado regulador, exator, empresário e previdenciário. O movimento alcançou o Brasil e fez ressurgir e difundir novas idéias e propostas de inspiração liberal.

A queda do muro de Berlim e o malogro dos regimes intervencionistas, de feições comunistas e socialistas, principalmente no Leste Europeu, provocaram sérias repercussões no curso do sindicalismo brasileiro.

No plano da **política interna**, a quebra do processo pendular e cíclico, entre autoritarismo e populismo, sempre presente na História brasileira, levou o Brasil a se defrontar com a ingente tarefa de tornar efetiva, a democracia que havia sido formalmente estabelecida na Constituição de 88. No período do combate ao autoritarismo, havia um consenso entre os sindicalistas, mas a partir do início do processo de institucionalização democrática o dissenso começou a se manifestar.

No **plano jurídico**, os problemas se evidenciaram com a vigência da Constituição de 88. Seus inúmeros vícios de origem, forma e matéria passaram a acarretar sérias dificuldades de interpretação e de aplicabilidade. Esse fato se tornou marcante ao longo do processo de revisão constitucional, quando as opiniões das lideranças sindicais passaram a se tornar divergentes.

Assim, temas como globalização, robotização, regionalização, privatização, economia informal, reforma agrária, distribuição de renda, ecologia, desemprego, desregulamentação, flexibilização e terceirização, entre outros, passaram a integrar o cotidiano das discussões no âmbito sindical.

Uma agenda global e abrangente passou a exigir um discurso também global. O público-alvo deixou de ser apenas o trabalhador associado e integrante de uma determinada categoria. O conceito estrito de **trabalhador** foi substituído por outro mais abrangente: o de **cidadão**.[19]

VI. O modelo sindical brasileiro anterior e posterior a Constituição de 1988

Pode-se tomar o referido Decreto nº. 19.770, de 1931, como a certidão de nascimento do intervencionismo sindical no Brasil. Desde então, as sucessivas legislações, que culminaram com a Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943, seguiram este modelo por mais de meio século. O regime criado na era Vargas e sedimentado na CLT sobreviveu à democracia reinstalada pela Constituição de 1946 e permaneceu inalterado até o movimento de 1964. Conviveu com a legislação arbitrária da época e não foi revogado por nenhum ato institucional ou decreto-lei. Permaneceu intangido até a Constituição de 1988, quando, para surpresa de todos, ainda sobreviveu[20]. Os ventos liberalizantes, democratizantes e desestatizantes que varreram o mundo desde o fim da Segunda Guerra Mundial só nos alcançaram nos últimos anos da década de oitenta. Ainda assim, a Constituição de 1988 ficou muito aquém do que dela se poderia esperar como um grande marco de modernização do País. Não obstante, ela pode ser considerada como um importante avanço na evolução do

[19] Marco Antonio de Oliveira, op. cit, p. 510

[20] Antônio Álvares da Silva, op. cit, ps. 121-123

sindicalismo. Daí dividirmos a evolução do modelo sindical brasileiro em dois períodos: o anterior e o posterior a 1988.

A resistência do modelo intervencionista por meio século é um atestado de sua qualidade. Persistiu quase intacto e "serviu, de igual forma, a regimes políticos de diversos matizes que vigoraram nesse mesmo período"[21].

Vários elementos podem caracterizar o modelo tutelar desta época, começando pelo princípio da unidade sindical, imposto por lei. Sustentado por um pugilo de juslaboristas brasileiros de nomeada, como JOSÉ MARTINS CATHARINO, JULIO CESAR DO PRADO LEITE, OLIVEIRA VIANA, JOAQUIM PIMENTA, EVARISTO DE MORAIS FILHO, ARNALDO SUSSEKIND, SEGADAS VIANNA, ORLANDO GOMES, ELSON GOTTSCHALK e CESARINO JÚNIOR[22] denominados, por isso, de monistas, o princípio "decorre da natureza mesma do sindicato, como grupo social que é, formado pela solidariedade espontânea de seus membros, que conduz, necessariamente, à unidade"[23].

Para que essa unidade seja alcançada é preciso delimitar a base sindical, tarefa na qual o Estado deve estabelecer um conceito rígido de categoria profissional ou econômica e o sistema de enquadramento sindical: duas formidáveis cunhas de penetração dirigista e de controle sindical.

O enquadramento, na realidade, era a base da organização vertical dos sindicatos sob a supervisão do Estado, ainda porque, em sua origem corporativa, ele se destinava a delimitar as atividades profissionais que deveriam constituir as corporações politicamente ativas, conformadoras do próprio Estado[24].

Outro elemento interventivo de grande importância é a **contribuição sindical**; por ela, atrela-se a estrutura sindical ao Poder Público[25], inclusive no que respeita ao dispêndio de sua arrecadação[26].

Outra característica que reforça o intervencionismo é o obrigatório reconhecimento dos sindicatos, desde que obedecidos certos critérios impostos pelo Estado.

Mas, é no campo substantivo que residem as maiores restrições à autonomia sindical: na limitação do exercício do direito de greve e no descaso pela negociação coletiva.

Como se pode observar, todo esse sistema interventivo concorre para robustecer o papel do Estado e para fracionar o poder sindical[27]; a fazer os sindicatos desempenhar atividades assistenciais e de colaboração com o Estado, que lhe são atípicas e até divertidoras[28]; a vincular os sindicatos ao Estado por mecanismos financeiros, como a contribuição sindical obrigatória[29].

Nas judiciosas palavras de João de Lima Teixeira Filho, "até o advento, da Constituição de 1988, o sindicato brasileiro era tributário do Estado, escassamente democrático, marcadamente cupular e sem legitimidade representativa, numa fase que se caracterizou pelo empobrecimento e desvirtuamento de seu papel, como instrumento privilegiado da negociação coletiva".

Em termos democráticos, no que tange a vida sindical, obstantes algumas contradições, a Constituição de 88 inegavelmente avançou.

---

[21] João de Lima Teixeira Filho e Luiz Inácio Barbosa Carvalho, Intervenção Sindical e Autonomia nas Relações Coletivas de Trabalho no Brasil, Ed. , 19 , p. 63

[22] Roberto Barreto Prado, Curso de Direito Sindical, São Paulo, 1984, p. 140

[23] José Ajuricaba da Costa e Silva, in Unidade e Pluralidade Sindical, Rev. TRT, 8º Região, Belém, 21(40) 1988, p. 47

[24] V. arts. 57 e 140 da Constituição de 1937.

[25] V. CLT, art. 578 e ss.

[26] V. CLT, art. 592 e ss.

[27] V. CLT, arts. 511, 512, 516, 518 e 570

[28] V. CLT, arts. 513, "d" e 514

[29] V. CLT, arts. 579 e 593

De fato, o modelo sindical vigente, quando comparado aos anteriores (34, 37, 46 e 67) tornou-se, inquestionavelmente, menos interventivo. Sob muitos aspectos, reconhece os princípios constantes da Convenção 87 da OIT.

Assim:

a) proclamou, como um dos direitos fundamentais dos trabalhadores e empregadores, o livre direito de associação profissional e sindical; (art. 81);
b) assegurou a plena autonomia sindical, vedando qualquer interferência ou intervenção do Estado na fundação, organização e dissolução do órgão de classe (art. 81, inciso I);
c) conferiu ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; (art. 81, inciso III);
d) atribuiu ao sindicato poder tributário, condicionando a fixação da contribuição à deliberação da assembléia geral; (art. 81, inciso IV)
e) investiu o sindicato de novos instrumentos processuais, tais como: legitimidade ativa para propor a ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo perante o Supremo Tribunal Federal (art. 103), assim como de impetrar mandado de segurança coletivo (art. 51, LXX).

Todavia, os avanços da autonomia sindical, incontestavelmente logrados, inclusive com os novos elementos processuais de legitimação ativa coletiva, perderam muito de seu vigor e autenticidade pela sobrevivência teimosa dos velhos regramentos interventivos, frutos de toda uma velha deformação política da qual o País ainda não conseguiu se desvencilhar.

Assim, embora houvesse consagrado o princípio da liberdade sindical[30] nossa Constituição foi incoerente ao manter o regime da unidade representativa, não por imposição da vontade dos representados, o que a Resolução nº. 87 da OIT aceita, mas por imposição do Estado, através dos conceitos de categorias e de bases territoriais respectivas, impossibilitando assim a criação de sindicatos por empresa.

Também, embora conferisse aos Sindicatos o poder de recolher tributos, manteve a contribuição sindical criada pela CLT como instrumento de intervenção[31].

Além disso, não obstante admitisse a **livre** fundação do sindicato, exigiu paradoxalmente o seu **registro em órgão competente**[32].

Em resumo: o **Sindicalismo de Estado** no Brasil manteve-se quase intacto, alterando-se apenas a forma autoritária de gestão do modelo. No mais, manteve seus vícios de origem, forma e conteúdo: autoritário, por ser fascista; inautêntico, por estar calcado na Carta del Lavoro; incoerente, porque inadequado a nova ordem democrática e capitalista vigente; monopolizador, porque detém sozinho o direito de representação; dependente, porque sobrevive às custas do imposto sindical e centralizador, porque impede a criação do pluralismo sindical.

Conclusão

Nos dias atuais, percebe-se claramente, mesmo em **países com regimes trabalhistas tradicionalmente intervencionistas**, um forte apelo no sentido de diminuir ao máximo a presença do Estado no âmbito das relações sindicais. A tendência universal é no sentido de assegurar aos trabalhadores e aos empregadores a liberdade e o direito de filiação, permanência e desligamento do Sindicato bem como de garantir a autonomia organizativa e o exercício da atividade grupal.

---

[30] V. CF, art. 81, **caput.**

[31] V. CF, art. 81, IV

[32] Art. 81, I, CF

O modelo sindical brasileiro não deveria fugir a essa tendência. Tanto mais porque o país, após um longo período alternado de populismo e autoritarismo, fez a opção pela democracia.

O desejável seria o Brasil adotar um modelo não intervencionista puro, ou seja, com liberdade e autonomia sindical ampla e irrestrita.

Mas, esse desiderato, mesmo nos países democráticos, é de impossível materialização. Isso porque como nos lembra o notável jurista Diogo de Figueiredo Moreira Neto, "o aparecimento dos grupos institucionalizados e, portanto, concentradores de poder coletivo, e, posteriormente, das instituições políticas, dotadas de poder ainda maior, multiplicou as possibilidades de agravo às liberdades individuais".

Graves distorções, aberrações e desequilíbrio de poder, decorrentes do exercício de uma liberdade sindical absoluta, geram injustiças flagrantes. Daí a necessidade de o Estado, por meio de regulamentação, fixar certas limitações às atribuições e aos meios de atuação dos atores envolvidos, direta ou indiretamente, na relação.

Enquanto direito, a liberdade sindical deve ser amplamente assegurada pela lei. Mas, para que a garantia sindical seja realmente efetiva, não basta reconhecer esse direito. É preciso cercá-lo de medidas de proteção. A falta ou insuficiência dessas torna ilusórias a declaração da liberdade sindical e todas as garantias que se propõem assegurar seu cumprimento.

Desse modo, no universo da Política e do Direito, a par das preocupações e das ações voltadas ao interesse fundamental de afirmar a liberdade, aquelas dedicadas ao interesse de construir a igualdade, através da correção dos erros, dos excessos e distorções do sistema de liberdades, incorporou-se a necessidade de garantias legais face as possíveis violações ao direito de liberdade sindical, praticados pelo **empregador,** pelo **sindicato**, pelo **Estado** e **pelos próprios empregados**.

Os Sindicatos, por concentrarem parcelas de poder, podem praticar violações ao direito de liberdade sindical. Há inúmeras situações arbitrárias que geram a conveniência e a necessidade de se estabelecerem certas limitações das suas atribuições e dos meios de ação:

a) quando os sindicatos, na defesa de seus interesses, transformam sua **ação sindical** em instrumento orientado para conseguir fins ilícitos ou para prejudicar terceiros; (consumidor);
b) quando o **poder sindical** se converte em verdadeira tirania e chega a extremos desafiadores da moral e das leis[33];
c) quando os **sindicatos desrespeitam** certas formalidades que pela sua relevância necessitam estar submetidas a lei geral;
d) quando alguns **poucos dirigentes** impõem à quase totalidade da massa dos trabalhadores suas diretrizes em matéria de grande relevância;
e) quando os sindicatos, através de cláusulas inseridas nas convenções coletivas, impedem **o ingresso dos empregados** "não filiados" no mercado de trabalho (Closed shop);
f) quando os sindicatos pressionam o empregador a **despedir os trabalhadores** que se desligam da entidade associativa (maintenance of memberships clauses);
g) quando os sindicatos concedem **benefícios especiais** aos trabalhadores filiados (preferencial shop);
h) quando os sindicatos obrigam a empresa a recrutar novos trabalhadores apenas por seu intermédio (hiringhall).

Para garantir os Sindicatos contra a ação abusiva e arbitrária do Estado, cada país, com suas características, produz o seu Direito Público, fixando-lhe competência, a finalidade, a forma, o

[33] *Alfredo Ruprecht, Relações Coletivas de Trabalho, op. cit., p. 96*

motivo e o objeto de sua ação, da mesma forma que no caso da proteção individual contra o Estado.

Por todas essas razões, nos países democraticamente avançados, em nome da afirmação do direito de liberdade sindical, o **Estado** pode prever e estabelecer determinadas garantias protetoras contra certos excessos em que podem incorrer os **empregadores**, **sindicatos**, os **empregados** e **até ele próprio**.

No nosso modo de ver, o princípio norteador de uma boa relação Sindicato-Estado é a busca do mínimo de intervencionismo do Estado e do grau máximo possível de autonomia sindical. A intervenção do Estado deve ser de apoio e estímulo à ação sindical e nunca uma intromissão limitadora da autonomia coletiva.

No caso brasileiro, para atingir esse desiderato há que se reformar a Constituição atual em dois pontos: abolir o sistema de unicidade sindical obrigatório (art. 8º, II) e extinguir as contribuições compulsórias (art. 8º, IV).

É recomendável, ainda,que o Parlamento ratifique a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que trata do pluralismo sindical. Por derradeiro, é de fundamental importância criar-se uma legislação básica de apoio e de proteção (garantia) à ação sindical, destinada à reparação imediata de atos anti-sindicais praticados pelo Estado, empregadores, sindicatos e pelos próprios empregados.

Concretizado esses pontos, a relação Estado-Sindicato seria mais pluralista e, por via de conseqüência, também mais democrática.

Estado e Constituição[1]

Paulo Bonavides*

O Estado e a Constituição são dois conceitos distintos de organização política da Sociedade moderna, havendo porém entre ambos uma íntima vinculação, porquanto, passada a fase absolutista das velhas monarquias européias, o Estado constitucional se fez predominante no Ocidente e a idéia de limitação dos poderes de governo decisivamente contribuiu para o advento do chamado Estado de Direito.

A Constituição, do ponto de vista material, na complexa Sociedade de nossos dias, é um tecido e composição de vastos interesses sociais, em constante fluxo e variação, sujeitos a conflitos entre os respectivos titulares e regulados menos em função de indivíduos ou destinatários isolados senão de grupos e camadas, em que a Sociedade mesma se reparte, por campos cada vez mais antagônicos, difíceis de harmonizar pelo caráter prestamista que esses interesses, convertidos em direitos, assumem da parte do Estado.

Sendo o Estado soberanamente um poder de derradeira instância, que possui na Sociedade o monopólio da organização concentrada e incontrastável da coação, não raro a disciplina daqueles interesses e sua promoção pelo Estado como um "tertius" ativista entre o indivíduo e a sociedade, sobretudo em nações subdesenvolvidas ou de desenvolvimento incompleto, se faz de modo mais rápido, decisivo e ilimitado pelas vias compulsivas, sacrificadoras da liberdade, e não pelos caminhos da legitimação consensual, a saber, os caminhos democráticos e parlamentares da vontade representativa.

Se o Estado é o centro soberano do poder, a Constituição é a organização efetiva desse mesmo poder. Mas o é, concebido formalmente num quadro de definição política e jurídica dos direitos fundamentais que hão de pertencer ao indivíduo, sobretudo enquanto componente e elemento real das distintas categorias sociais. Nesse quadro se definem também as competências atribuídas e reconhecidas legitimamente aos órgãos de expressão da vontade soberana, quais, por exemplo, o legislativo, o executivo e o judiciário.

O Estado, objeto das presentes reflexões, corresponde, pois, àquela modalidade vinculada ao Direito, vazada numa ordem constitucional que regula o princípio das relações entre governantes e governados, dentro de estruturas políticas e sociais supostamente estabelecidas com toda a liberdade pela soberania da Nação.

Chegamos assim à formulação do Estado constitucional, que é o mesmo Estado de Direito, nascido da filosofia racionalista e revolucionária do contrato social e base de todas as concepções políticas geradoras do liberalismo constituinte do século XVIII, do qual derivam também os códigos constitucionais do Estado liberal.

Estado e Constituição não ficaram porém estratificados pela rigidez do pensamento individualista da burguesia, um pensamento que foi revolucionário no século XVIII, conservador no século XIX e reacionário no século XX.

A economia mudou a face da sociedade, de sorte que as novas relações de produção estabelecidas criaram um quadro extremamente complexo cujos reflexos políticos fizeram insustentável o modelo constitucional do liberalismo burguês.

---

[1] O presente trabalho, que ora reestampamos, é uma conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará pelo Professor Paulo Bonavides, ao ensejo da abertura dos Encontros Culturais de 1988, celebrados por aquela instituição com o co-patrocínio da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Ceará e do sobredito Jornal que a publicou em 23 de março de 1988.

* É Doutor *honoris causa* da Universidade de Lisboa, Professor Emérito da Universidade Federal do Ceará, Membro do Comitê de Iniciativa que fundou a Associação Internacional de Direito Constitucional, Presidente Emérito do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional e Diretor da Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais.

Principiava a caminhada para a ascensão igualitária de outras classes no processo político de formação da vontade soberana, sendo o sufrágio universal o veículo por excelência que conduziu à plenitude efetiva da participação democrática se a considerarmos do ponto de vista formal do maior acesso e comparecimento possível de eleitores às urnas.

Essa modalidade de sufrágio traçou a grande fronteira política entre a democracia governada e a democracia governante para empregarmos a linguagem lapidar e fascinante de Georges Burdeau e, ao mesmo passo, demarcar a linha que separa o Estado liberal do Estado social, por um prisma tecnicamente neutro e de mero caráter instrumental.

Aberta a participação, os direitos sociais tiveram ingresso nas Constituições e tamanha importância lograram que em nome deles se mede hoje nas sociedades da periferia a legitimidade dos textos constitucionais. Fora do Estado social restaria unicamente o desespero das soluções autoritárias e ditatoriais ou o recurso às armas para liquidar a violência espoliativa do privilégio, disposto a não ceder posições em favor da justiça distributiva , base de um pacto de consenso e harmonia social.

Com o capitalismo tardio ou crepuscular da sociedade industrial, as Constituições dos países do terceiro mundo, sujeitos às turbulências do atraso, tornaram-se instrumentos de duvidosa eficácia e normatividade.

Desatualizadas, nasceram de uma concepção de Estado de conteúdo já ultrapassado, e se apresentam agora impotentes para dirimir os graves conflitos políticos, sociais e econômicos desta segunda metade do século XX. Em rigor, não são as Constituições que estão em crise; a crise é da sociedade capitalista mesma, nomeadamente nos países subdesenvolvidos. A Constituição, à medida que perde normatividade ou eficácia, certifica o divórcio entre os quadros legais formalmente estabelecidos e a poderosa corrente dos interesses sociais competitivos, cujo fluxo, acelerando a queda de legitimidade do instrumento formal, se faz em sentido oposto e irresistível.

Não vamos ficar porém na região abstrata dos conceitos em busca da forma ideal de Estado ou Constituição, que só existe abraçada ao sonho utópico das profecias messiânicas.

Afigura-se-nos necessário fazer perante os senhores uma ligeira análise crítica às origens e à evolução do Estado constitucional brasileiro, tanto mais irrecusável quanto temos sido até hoje um povo infeliz em relação ao Estado e à Constituição.

Esse juízo negativo e pessimista configura um drama de cinco séculos. Emerge da opressão do sistema colonial, passa pelos vícios da sociedade servil do Império e derruba cinco repúblicas que alienaram a participação popular desde 15 de novembro de 1889.

Não nos atrai o debate acadêmico e erudito para determinar se no Brasil o Estado vem antes ou depois da Nação, se foi esta que fez o Estado ou, ao contrário, se foi o Estado que fez a Nação. Pelo ângulo que até aqui se colocou o tema, esta questão é irrelevante. Mas não tanto se a fizermos vinculada ao processo constitucional na formação de nossas instituições políticas.

A partir daí então se faz mister mostrar que o Estado e a Constituição, em relação à sociedade nacional, são elementos de uma mesma crise: a crise de formação do povo brasileiro, ou, em termos mais precisos, a crise da nação independente e soberana.

Antônio Carlos e Frei Caneca foram nossos primeiros constitucionalistas. O Andrada preparou o esboço primitivo das bases de um projeto de Constituição para os revolucionários pernambucanos de 1817, com os quais ele também conspirou. O carmelita-mártir, por sua vez, proferiu o célebre voto da reunião popular do Recife para deliberar sobre o juramento do Projeto de Constituição, ocasião em que disse que "uma Constituição não é outra coisa que a ata do pacto social, que fazem entre os homens, quando se ajuntam e associam para viver em reunião ou sociedade".

Por esse prisma de consenso, que toda Constituição deve de necessidade significar, o Brasil, há mais de cento e cinqüenta anos, intenta, em vão, escrever a ata desse pacto social, fundamento de uma sociedade livre, justa e soberana, sem a alienação dos direitos da cidadania no arbítrio de quem governa.

O nosso primeiro compromisso constitucional com a forma representativa de governo proveio de uma crise constituinte, que é sempre uma crise de legitimidade.

Com efeito, a Carta Imperial de 1824, outorgada por D. Pedro I, foi a expressão de um ato unilateral de vontade, cujos pressupostos resumem a grave turbulência das instituições estreantes. O princípio absolutista e dinástico se personificava na coroa do Imperador, mas um laço democrático de legitimação de seu poder resultara da aclamação popular que lhe conferiu o título de Defensor Perpétuo do Brasil.

Do outro lado, estava porém a Nação, colegiada numa Constituinte de poderes soberanos, portadora de incontroversa legitimidade para fazer a Constituição, ou seja, para redigir a ata do pacto social, a que tão bem se reportara Frei Caneca. Mas os canhões e as baionetas imperiais sitiaram a Constituinte, dissolvida pelo golpe de Estado de 12 de novembro de 1823.

A Constituinte era a nação, a legitimidade, a soberania dos governados, a representação dos cidadãos, ao passo que o monarca figurava o arbítrio, a vocação do absolutismo, a prepotência das armas, o golpe de Estado, a amnésia dos compromissos tomados com a Sociedade brasileira, a usurpação de poderes.

A Carta Imperial de 1824, por mais diligente que haja sido a dissimulação, foi ato de outorga do Imperador absoluto, concessão do trono à liberdade dos súditos; mas concessão, de princípio, tão tênue que o que avultou na realidade foi a mais feroz soma de poderes congregados por uma carta fundamental na pessoa de um só governante, titular irresponsável de dois poderes cuja concentração de prerrogativas atropelava, por inteiro, o pensamento de dois filósofos-pontífices do liberalismo, a saber, Montesquieu e Benjamim Constant.

Não era pois a Carta das liberdades do povo brasileiro, nem tampouco a lei de alforria de uma sociedade que nascera escrava, mas o código de menoridade da nação, o ato de sua tutela por um poder singularmente intitulado de moderador.

A Nação vencida em 1823 contraatacou porém em 1831, consumando a Abdicação. O Estado se nacionalizou, a Constituição em parte se legitimou e as armas, naquele episódio, exprimiram a vontade nacional e puseram termo ao Primeiro Reinado.

Mas a história da Regência foi um confronto constituinte entre conservadores e liberais, os primeiros procurando anular as conquistas dos segundos, tão duramente alcançadas na jornada de 7 de abril.

Que distância, pois, entre o projeto de monarquia federativa introduzido na Câmara dos Deputados em outubro de 1831 e renovado cinqüenta e quatro anos depois, ao ocaso do Segundo Reinado, e a Lei de Interpretação de 1840, liquidando os adiantamentos liberais do Ato Adicional, eles mesmos já deveras apagados pela extinção da chama reformista que ardera nos primeiros meses subseqüentes à renúncia imperial!

Invalidado o projeto dos liberais em suas bases mais profundas, seguiu-se um período constitucional de cerca de trinta anos de relativo equilíbrio, de armistício institucional entre liberais e conservadores até que a dissolução legislativa de 1868, com a queda do Gabinete Zacarias provocou no ano seguinte o célebre Manifesto do Centro Liberal. O Manifesto colocou o Império na ponta deste dilema: "Ou a reforma ou a revolução. A reforma para conjurar a revolução. A revolução como conseqüência necessária da natureza das coisas, da ausência do sistema representativo, do exclusivismo e oligarquia de um partido".

No ano seguinte, em 1870, publicava-se o não menos célebre Manifesto Republicano de 1870. Estava deflagrada a segunda crise constituinte - a crise da Constituição do Império. A primeira fora a da constitucionalização, com o golpe de Estado de 1823 que dissolveu a Constituinte.

A alternativa da reforma não foi aceita pelas correntes conservadoras. O eixo da revisão constitucional era na época a adoção do sistema federativo, que a percuciência de Ruy e Nabuco fazia a chave da crise, ou seja, a solução política para legitimar o sistema e por cobro à asfixia centralizadora do regime monárquico.

Dizia Nabuco no momento em que o recinto do parlamento fora ocupado pelas forças do governo pessoal, que seu partido tomava uma resolução – a de deixar uma grande bandeira nacional como a da federação plantada nas ameias daquele edifício. Depois de afirmar que "a federação é um fenômeno do nosso passado todo", acrescentava mais adiante: "A nossa atual forma de governo centralizado é uma forma grosseira de sociedade política, uma falsa democracia dando em resultado uma falsa independência".

A crise constituinte do Segundo Reinado se alimentou da questão militar, da questão religiosa, da questão abolicionista e, acima de tudo e de todas, da questão federativa. Teve seu epílogo com a Proclamação da República, isto é, com o advento sucessivo de dois poderes constituintes de primeiro grau; um, fático, que produziu o Decreto nº 1 do Governo Provisório e a seguir a outorga de duas Constituições de vigência parcial e temporária, no espaço de quatro meses e uma semana, como foram os textos publicados em 22 de junho de 1890 e 23 de outubro do mesmo ano pelos decretos da ditadura, de números 510 a 914, respectivamente, e outro, um poder constituinte de direito, em nome da legitimidade republicana. Este último representava o desdobramento político da nova realidade produzida no País, em que se elegeu o Congresso Nacional como colégio constituinte – aliás, a primeira Constituinte Congressual de nossa história, autora da Carta Republicana de 1891.

Mas o modelo de república federativa adotado trazia em circulação nas veias de seu organismo o germe daquela que seria a enfermidade fatal de cinco repúblicas já sepultadas pela história no cemitério político da nossa forma de governo: o presidencialismo.

Esse sistema de organização presidencial do poder responde por todos os fracassos institucionais do País: pela sedição dos quartéis, pela instabilidade crônica das instituições, pela renúncia, suicídio e continuísmo malsão de Presidentes que usufruem o poder pelo poder: o poder para corromper, o poder para atar os laços oligárquicos, o poder para decretar os recessos do Congresso, o poder para ferir a Constituição e se escudar na irresponsabilidade, o poder para retardar neste país o primado da lei e a majestade da soberania popular.

A introdução do presidencialismo no Brasil não foi propriamente estelionato político, mas contrabando que Ruy Barbosa e os republicanos históricos da "Comissão dos Cinco" trouxeram em sua bagagem de idéias americanas.

Tem-se dito que o brasileiro não está preparado para a democracia, para o parlamentarismo, para o federalismo. É vasta sandice. Para o presidencialismo, sim, ele esteve comprovadamente despreparado.

Basta lembrar o episódio do Marechal Deodoro, o proclamador da República quando ao receber das mãos de Ruy Barbosa a minuta da Constituição presidencialista, foi logo indagando: "Onde está o artigo que autoriza o Presidente a dissolver o Congresso?"

Não se dando por vencido, depois que o Ministro polidamente lhe esclareceu a natureza do novo sistema, Deodoro, formulando a resposta nos seguintes termos, fazia já a profecia dos cem anos de presidencialismo na república federativa do Brasil: "Pois bem. Mas o senhor há de sair um dia do Congresso, como Antonio Carlos em 1823, tirando o seu chapéu à majestade do canhão". E assinou o decreto, diz Aurelino Leal, que relata a cena.

Era o princípio de uma tragédia que ainda não chegou ao seu fim. O mesmo presidencialismo das intervenções militares, das oligarquias, das falsificações eleitorais, anteriores a 1930, da deposição dos governos estaduais pelo Poder Central, do estado de sítio; o presidencialismo que perdeu com a Revolução de 30 a oportunidade de regenerar-se porque é absolutamente irregenerável, e deu, a seguir, por frutos, o Estado Novo, o suicídio de Vargas, o "impeachment" de Café Filho e Carlos Luz, dois Presidentes depostos em menos de um mês, a renúncia de Jânio, que por pouco não arremessou o País ao abismo da guerra civil, a ditadura de 64, o AI-5, a república dos Atos Institucionais, a Emenda Constitucional dos três usurpadores, a eleição indireta do Presidente da República, a tortura, os recessos do Congresso, a desnacionalização da economia, os acordos do Fundo Monetário Internacional, a cassação de mandatos, o reinado do decreto-lei revogando até matéria constitucional, a hegemonia dos tecnocratas, a desorganização sistemática dos partidos, o declínio da autoridade civil e, de último sua mais recente criação, a Nova República, com a presidência biônica e a Constituinte Congressual.

A Constituinte de 1987 e 1988 instalou-se com uma privação de legitimidade que só é inferior à do titular da Presidência da República. Os vícios formais que a descaracterizam e que sempre apontamos, derivam do casuísmo de seu ato convocatório. O poder presidencial biônico queria de certo uma Constituinte dócil, passiva aos seus desígnios, em harmonia com aquele pavor que os nossos governantes sempre tiveram do povo e de seus legítimos representantes.

O casuísmo porém não foi bem sucedido na execução desse objetivo. Nada mais fácil então que imprimir um novo casuísmo, em que o criador se dispunha a destruir sua criatura, o que vem acontecendo desde que, das regiões oficiais se procura abater a soberania do corpo constituinte, ainda que para tanto se atropelem todas as noções básicas do direito constitucional.

Perdida a legitimidade formal, a Constituinte Congressual tem ainda uma oportunidade única de sanar os vícios de sua origem, ou seja, a de fazê-lo pelas vias materiais, por meio do conteúdo elaborando uma boa Constituição, à altura dos anseios sociais da Nação. Sem embargo das pressões conservadoras, da lentidão de seus trabalhos, da formação em seu interior de forças extremamente retrógradas, como as do Centrão, a Constituinte Congressual, desde que se instalou, busca a legitimidade pela legitimação.

É processo político fundamental, sobre o qual recaem todavia as suspeitas ou os presságios de um recuo. O que até agora se fez é positivo, em seu conjunto. A Sociedade brasileira avança com o projeto em tramitação constituinte. Faz-se mister porém não interromper essa abertura da vontade nacional soberana. Foram tantos já os crimes republicanos do executivo presidencialista, que há razões sólidas para temer a aventura de um novo golpe de Estado.

A história constitucional do Brasil comprova que todas as Constituintes que estiveram debaixo da pressão política do Executivo ou não puderam concluir a sua tarefa ou a concluíram muito mal. Assim se deu com a Constituinte de 1823 que D. Pedro I dissolveu, desferindo um golpe de Estado; com a Constituinte de 1934, cujos debates a imprensa, sob o flagelo da censura, não pode livremente seguir e , afinal, com a de 1967 que, mutilada, deliberou sob a égide dos Atos Institucionais e da cassação de mandatos.

O resultado foi em 1823 a impossibilidade de formular a Lei Maior; em 1934, uma Constituição que durou apenas três anos e em 1967 a promulgação da mais efêmera de todas as nossas Constituições, que pereceu em 1969 com a outorga da Emenda Constitucional nº 1. Em suma, depois de 1823, uma Carta outorgada; depois de 34, o Estado Novo; depois de 1967, o AI-5 e a Emenda subversiva dos três Ministros da Junta Militar. Haverá ainda um novo depois em 1988?

Essa a inquirição angustiante que o País faz ao Governo e aos constituintes e com mais razão a partir do reconhecimento desta verdade elementar, sobejamente constatável: a transição para o

regime constitucional excedeu em duração os dez anos da ditadura militar completa, pois principiou em 1974 e perdura ainda em 1988; não podendo, portanto, chamar-se de transição, mas de forma já acabada de continuísmo dissimulado, de covardia governante perante o povo, ou, em outras palavras, de ludíbrio da Nação e desrespeito à soberania popular.

Se a verdade representativa não for restabelecida neste país, ao menos nos termos da Constituição de 1946, esta Nação explodirá. Digo Constituição de 1946 por render-lhe um preito de admiração em razão de haver sido, na relatividade da época, a melhor das nossas Constituições; idêntico preito se deve à Constituinte de 1946 que a promulgou, sem dúvida a mais livre, a mais legítima, a menos sujeita a interferências indevidas ou a ameaças disfarçadas da parte do Executivo.

A legitimidade perdida com a queda da Constituição de 1946 nunca mais o povo brasileiro a restaurou e os riscos de vê-la cada vez mais distante, nós os atravessamos dentro da atual crise constituinte, debaixo do pesadelo de um retrocesso, o último que a irresponsabilidade governativa, quanto ao nosso futuro, dar-se-á o luxo de padecer.

A lição de todas as reflexões já feitas aponta para o seguinte: ou o Governo se faz neste país legitimamente representativo, ou a integridade desta Nação há de soçobrar na desunião social e no separatismo das Regiões.

Se esta última alternativa impatriótica caísse como um raio da fatalidade sobre as nossas cabeças e traçasse o nosso destino, estaria então escrito o epitáfio de todas as esperanças federativas e constitucionais que no Brasil contemporâneo se dirigem para uma sociedade livre e democrática, regida efetivamente pelas regras da soberania popular. (1988)

Reforma do Judiciário: acertos e desacertos

Roberto Rosas*

1. O debate foi longo, demorado, e pouco produtivo. Não se discutiu, previamente, se a reforma seria da Justiça ou do Judiciário. São óticas diferentes, ângulos diversos, objetivos outros. Naquela muito mais estrutura geral, aqui muito mais competências ou suas distribuições. Esse debate, por incrível, e surpresa, ocorre de dez em dez anos. Vejamos as décadas. Em 1947 já se falava em crise do Supremo Tribunal, angústia na demora das decisões. Criou-se o Tribunal Federal de Recursos. Em 1957 discutiu-se o recurso extraordinário para o STF, e grande solução – o acesso não mais era livre, e sim criado o juízo de admissibilidade pelo presidente do tribunal, o despacho presidencial de admissão ou não do recurso, reduziu-se o RE aumentou o agravo para o STF. Em 1967 veio a Constituição, e trouxe novidades para o STF, como a possibilidade de restrições recursais, via regimento interno, e a expressão negar vigência, como forma restritiva de admissão do recurso extraordinário. Em 1977 houve o chamado pacote de abril, com a instituição da argüição de relevância, isto é, as restrições regimentais de acesso ao STF seriam abrandadas com o entendimento da Corte de ser relevante a questão federal. Ocorreu essa solução até 1987, com o projeto constitucional, criador do Superior Tribunal de Justiça e tribunais regionais federais, e agora, dez anos após, a presente reforma. Vai melhorar? Não! Ficará tudo como antes, porque a reforma é de organograma,e não de fundo, de estrutura.

2. Enfim existe o texto da Emenda Constitucional n.º 45, de 2004.

Abandonemos os apoios ou idiosincrasias antigos a teses ou circunstâncias para o Judiciário, e enfrentemos, de *lege lata*, o texto, sem antes a crítica geral, partida de perguntas: é a reforma ideal? Resolverá os problemas do Judiciário? Os advogados ficarão felizes? Os juízes ficarão confortados? Todas as respostas são negativas.

3. A demora na prestação jurisdicional sempre foi a reclamação geral na atuação do Judiciário. Vezes em razão da inércia do magistrado, outras pela perplexidade do julgador, outras pela geométrica demanda em excesso, e antes de tudo – a falta de mudança da estrutura.

Pela primeira vez ouviu-se falar na crise do Supremo Tribunal. Andava-se pela década de 40, e algo clamava por soluções, na verdade, crise do Recurso Extraordinário do que da Corte Suprema. Em 1946, quando da edição da Constituição, o Supremo recebeu menos de 2.000 processos, por isso, a Carta Magna criou o Tribunal Federal de Recursos, com 9 ministros, principalmente para julgar os recursos nas causas de interesse da União, antes apreciadas pelo STF.

De 1947 a 1987, 40 anos, verificou-se que o STF não saiu da crise, e o TFR entrou em crise. Novamente, soluções, e a mais contundente foi a criação do Superior Tribunal de Justiça, para conciliar as crises do STF e do TFR. Não bastava a criação de um tribunal, e sim lhe dar ossatura, feição própria, e mensagem de otimismo aos militantes no Judiciário. Abriu-se a grande oportunidade do acesso das demandas a Brasília, na conciliação do poder local, com o federalismo e a isenção de uma Corte longe dos embates locais. O cidadão acredita na Justiça, e quer acesso, mas também quer a saída, no dilema entre a prestação jurisdicional – segura e rápida, e isso não é resolvido nas eternas reformas do Judiciário, porque sem reforma estrutural da Justiça, a desburocratização processual, e reforma do Judiciário com objetividade, estaremos enganando a sociedade, os juízes, os advogados e os jurisdicionados.

---

* *Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Ex-Membro do Conselho Federal da OAB (20 anos); Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*

4. Agora, é direito fundamental a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII). Pergunta-se: essa norma tem eficácia plena? A celeridade pode ser exigida, e até implementada? É difícil aquilitar, porque tal direito já era inerente ao acesso à justiça, como bem expôs Mauro Cappelletti (Acesso à Justiça, Sérgio Fabris, 1998 e Anais da Conferência Nacional da OAB, pgs. 123 e 207), portanto, além do acesso à justiça. Fruto do direito de ação, há o direito de saída, com o meio mais rápido – a razoável duração. É, sem dúvida, norma programática, didática, ao legislador e ao Judiciário. Essa regra vem com a crítica ao chamados juízes tardinheiros (na linguagem de Rui Barbosa) , não lhes dando a promoção, se injustificadamente retiver autos além do prazo legal. Esta não se aplica a juiz federal (Rio, São Paulo, DF, etc.) com dez mil processos em andamento (Horácio Wanderley Rodrigues – EC n.º 45: Acesso à Justiça e Prazo Razoável na prestação jurisdicional, Reforma do Judiciário, RT, coord. Tereza Arruda Alvim Wambier e outros, pg. 283; André Ramos Tavares – Reforma do Judiciário no Brasil Pós 88, Saraiva, 2005, pg. 30; Sérgio Bermudes – A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional n.º 45, Forense, 2005, pg. 11; Flávio Luiz Yarshell – A Reforma do Judiciário e a promoção de "duração razoável do processo" – Revista do Advogado, AASP, n.º 75, 2004, pg. 31).

5. A transparência das atividades do Judiciário é salutar, porque a sociedade sente o dinamismo, os compromissos, as dificuldades do Juiz.

Amplia-se a publicidade dos atos, com todos os julgamentos públicos. Ressalva-se, então, o direito à intimidade, agora em conflito com o direito à informação. É importante, a não exposição de determinadas pessoas, principalmente autoridades, que, ao final podem ser absolvidas, mas estarão condenadas pela opinião pública.

6. A motivação das decisões judiciais insere-se num plano democrático de transparência, ao mesmo tempo, dar ciência ao interessado das razões da decisão, e não como tribunal revolucionário, que nada justifica. A Constituição já trazia tal diretriz, agora ampliada. Motivação não é extensão, e sim informação razoável dos motivos.

7. Deu-se ao recurso extraordinário o requisito da repercussão geral da questão constitucional, na admissão do recurso (art. 102, § 3º). Portanto, além dos requisitos constitucionais, entre eles, o contrariar a Constituição, que essa contrariedade, esteja inserida num contexto da questão com repercussão social, econômica, política, etc. No exemplo, além da contrariedade, esta deve ter grande significado no debate de interesse geral. É claro, a redução será drástica, porque a casuística do Supremo Tribunal não admitirá tantas questões de repercussão geral. Deduz-se, então, a repercussão como efetiva não no interesse individual, e sim num interesse coletivo. Paira no mundo jurídico a síndrome da antiga argüição de relevância (Reforma de 1977, em vigor até 1988), fracassada em seus objetivos (Na sua defesa – Carlos Mário da Silva Velloso – Poder Judiciário. Reforma. A Emenda Constitucional n.º 45, de 08.12.2004, Revista Forense, 378, pg. 17; Arruda Alvim – A EC n.º 45 e o Instituto da Repercussão Geral, em Reforma do Judiciário, RT, 2005, Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier e outras).

8. A Súmula vinculante foi amplamente debatida, respeitáveis opiniões favoráveis e contrárias (Cândido Dinamarco – Tribuna do Direito, 11/2001, SP; Caio Mário da Silva Pereira – Revista Trimestral de Direito Civil, 1, pg. 311, e Algumas Lembranças (Memórias) – pg. 167).

Veremos, adiante, as várias etapas do processo decisório judicial, e a importante função dos julgados anteriores – que têm várias denominações, como acórdão, precedente, jurisprudência, súmula e direito sumular.

Que é acórdão? É a concentração de um julgado. É a forma material da expressão da decisão judicial.

Que é o precedente? É uma decisão anterior persuasiva para decisões futuras. Não é compulsória; apenas norteará o futuro julgador a seguir aquela decisão. Serve de informação, de simplificação de trabalho. Não é obrigatório.

Que é jurisprudência? Significa mais do que o precedente. Pode, até, ser formada com um precedente. Se o Supremo Tribunal em sessão plenária, ou o Superior Tribunal de Justiça em sessão da Corte Especial decidem num julgamento, em um processo sobre determinada tese, ali estará, a jurisprudência. É claro, que o prestígio dessa jurisprudência será maior com a ratificação de outros julgados. Não sendo julgamento de órgão plenário, somente pode entender-se a jurisprudência com a consolidação de julgados reiterados.

Que é a súmula? Esta reflete a jurisprudência de um tribunal ou de uma seção especializada autorizada a emitir a consolidação (v. voto do Min. Carlos Mário Velloso sobre conceito de súmula, na ADIn 594 (RTJ 151/20).

Que é direito sumular? É o reflexo do direito emanado de súmulas de um tribunal. Concluímos, então, que não importa o nome quando o tribunal fixa entendimento e diretriz. É chamada força vinculante da decisão, pouco importa o nome – orientação precedente, jurisprudência, súmula. Como afirma Calmon de Passos – seja o que for, obriga (Revista do TRF da 1ª Região, v. 9, n.º 1, pg. 163), porque repugnam decisões diversas, baseadas em interpretações diversas, sobre a mesma regra jurídica. Como observa a Ministra Ellen Gracie Northfleet, a maioria das questões trazidas ao foro, especialmente ao foro federal, são causas repetitivas, onde, embora diversas as partes e seus patronos, a lide jurídica é sempre a mesma ("Ainda sobre o efeito vinculante", Revista de Informação Legislativa, n.º 131, pg. 133). Há conteúdo compulsório em tudo isso e, portanto, a obediência a essas decisões, por todos os níveis.

Dirão: mas há liberdade do juiz em decidir! Mas o verbete de uma súmula, somente será decisivo, depois de muito debate – por isso foi sumulado. A liberdade judicial, apanágio do Estado Democrático, dirige-se às novas questões, a novas leis, aos temas em aberto. Aí, sim, o juiz, com sua livre decisão, prestará notável serviço à Justiça.

Quais os percalços da súmula?

A súmula pode ser perigosa, se elaborada com defeito. A lei também, e há leis inconstitucionais, e decretos ilegais. A súmula pode ser mal redigida? A lei também.

O que é sumulado? Somente questões controvertidas, e não de textos legais eventuais (por exemplo, tributação anual). A súmula pode não adotar a melhor tese, mas oferece norte e segurança, ao contrário da vacilação de julgados, ora numa corrente, ora noutra direção.

A súmula sofre o mesmo processo da legislação, isto é, alteração por nova interpretação e, principalmente, nova legislação, alterando aquele enunciado. Hoje notamos essa influência com o novo Código Civil (de 2002) que altera várias súmulas do STF (Súmula 165: compra pelo mandante, alterada pelo art. 497; Súmula 494: venda do ascendente ao descendente, art. 496; Súmula 377: comunhão de aquestos, art. 1.672, todos do CC -2002).

A importância da súmula está consagrada.

A Lei 8.038/90 (art. 38) permitiu ao Relator negar seguimento a recurso contrário à súmula do respectivo tribunal (CPC, art. 557). No art. 475, § 3º, do CPC (redação de Lei 10.352, de 26.12.2001) não há sujeição ao duplo grau de jurisdição, nas sentenças de interesse da União, Estado, Município, se a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do STF ou em súmula do STF ou do tribunal superior competente.

Questão muito debatida, e extremada de opiniões, é a da súmula vinculante. O que significa?

O processo de elaboração de uma súmula é exaustivo, depende da existência de pronunciamento único (mas expressivo) ou então da reiteração. O debate sempre é longo, até a edição. Para a vinculação dessa súmula a julgados futuros há necessidade de processo especial, de

maior debate, porque aquele verbete será aplicado automaticamente. Então, a chamada *súmula vinculante* não pode ser, e, acredito, não será fruto de uma decisão aligeirada, rápida, e muito menos, será a vinculação de qualquer decisão de um tribunal. Não basta o Supremo Tribunal reunir-se, decidir, que automaticamente todas essas decisões serão vinculantes. Se as súmulas atuais decorrem de um lento e burocrático procedimento, imagina-se mais ainda para a súmula vinculante.

Ao lado dessa expressão, outra aparece – a *súmula impeditiva de recursos*, isto é, impossibilidade de interposição de recurso se a decisão recorrida estiver apoiada em Súmula do Supremo Tribunal. Esta hipótese minora a recorribilidade contra orientação assentada do STF; no entanto, permite ao juiz discordar da súmula do STF. O juiz pode não aplicá-la, ao pretexto de não se adequar à hipótese, de ser outra a matéria; no entanto, parece total inversão hierárquica e não-vinculação.

9. O efeito vinculante já foi consagrado na Emenda Constitucional n.º 3/1993, ao estabelecê-la, quanto às decisões definitivas de mérito, nas ações declaratórias de constitucionalidade (nova redação do art. 102 da CF, acrescentando o § 2º).

O art. 103-A da EC 45 contempla a edição de súmula após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, com efeito vinculante. Para a sua edição, ainda exigem-se: a finalidade do texto (validade, interpretação e eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual), conseqüência da controvérsia (insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica) (§ 1º art. 103-A).

A dinâmica do texto (aprovação, revisão ou cancelamento) é legitimada no arts. 103-A, § 2º C/C – 103, VII da C.F., dentre eles o Conselho Federal da OAB. Como conseqüência da contrariedade cabe reclamação ao Supremo Tribunal Federal. Coloca-se a debate se a reclamação cabe no sistema difuso, e também no concentrado (Leonardo Lins Morato – A reclamação e a sua finalidade para impor o respeito à sumula vinculante, em Reforma do Judiciário, RT, coordenação de Tereza Arruda Alvim Wambier e outros, 2005, pg. 391).

O legislador constitucional foi cauteloso, com limites à edição de súmula vinculante, mas, do ponto de vista político, mais restrita, porque o Supremo Tribunal só editará súmula vinculante (José Rogério Cruz Tucci – O problema da lentidão da Justiça e a questão da Súmula vinculante – Revista AASP, n.º 75), após reiteradas decisões, e com vistas a dar segurança jurídica, e evitar a multiplicação de processos. Não basta o interesse individual, ou singular.

Esse precedente é obrigatório e persuasivo, não mais exemplificativo ou sugestão, portanto, efeitos erga omnes, será admitido no controle difuso de constitucionalidade, diante das reiteradas decisões, mas poderá sê-lo no controle concentrado, com uma decisão (Rodolfo de Camargo Mancuso – Súmula vinculante e a EC n.º 45/2004, em Reforma do Judicário, coord. Tereza Arruda Alvim Wambier, RT, 2005, pg. 685).

Cabe observar o efeito vinculante das decisões na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade.

10. Afinal, quais os benefícios da reforma?

Hoje, patenteia-se a importância do princípio da efetividade. O cidadão tem direito ao ingresso na justiça, saída, rapidez, e atuação positiva, com justiça mais acessível e efetiva. Para tanto é necessária a mudança de mentalidade dos operadores do direito, a iniciar-se no curso jurídico (César Ásfor Rocha – A luta pela efetividade da jurisdição, pg. 24, Universidade Federal do Ceará, 2005, João Batista Lopes – Reforma do Judiciário e efetividade do processo civil – em Reforma do Judiciário, coord. Tereza Arruda Alvim Wambier, RT, 2005, pg. 327).

11. Outro aspecto, para a efetividade está na carreira do magistrado, em parte, atendida na EC com ênfase nas escolas da magistratura. No entanto, o ingresso deve ser feito pelas escolas, à

semelhança das carreiras militares, polícia militar e diplomacia. O interessado faz admissão ao curso, talvez em um ano intensivo, remunerado, com o subsídio de juiz substituto, ao final desse curso haverá a nomeação de juiz substituto. Lá, o aluno falará com antigos magistrados, experientes advogados, membros do Ministério Público, tratará de temas especiais da sociedade, de economia. Terá matérias propedêuticas especiais para futuras tarefas. Um conjunto de informações necessários à formação do futuro magistrado.

A internacionalização do Direito Constitucional

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug*

O Direito Constitucional se destaca como um dos ramos do Direito que mais diretamente sofre o fenômeno da internacionalização[1]. Nesse sentido, são plenamente verificáveis dois fenômenos distintos, quais sejam, a internacionalização do Direito Constitucional e a constitucionalização do Direito Internacional[2]

Não há negar-se que a internacionalização do direito acaba por fazer com que as normas jurídicas que regulam as atividades dos cidadãos não sejam mais unicamente produzidas pelo legislador nacional, o que resulta, em alguns aspectos, em um problema de legitimidade quanto aos órgãos normatizadores. Isso decorre do fato de que o órgão constitucionalmente competente para elaborar as leis, no caso, o Poder Legislativo, que é composto pelos legítimos representantes do povo, não será o único responsável pela elaboração das leis que irão reger aquela sociedade.

Os tratados e acordos também criarão normas para esses cidadãos, só que elas não foram diretamente elaboradas pelos representantes eleitos para tal desiderato, mas conferem direitos e impõem obrigações para o indivíduo. Há o que se denomina de um "déficit de legitimidade", principalmente quando se tem em vista que o responsável pela celebração dos tratados e sua internalização, na maioria dos sistemas, é o Poder Executivo. Quer parecer que a superação deste "déficit de legitimidade" ficará a cargo de cada Estado que poderá criar mecanismos que venham a suprir essa deficiência, como a aprovação do tratado pelo Parlamento.

A crise de legitimidade também se apresenta quando se está diante de um conflito entre as normas internas de um País, elaboradas pelos representantes do povo, e as normas decorrentes dos tratados. Nesse sentido acentua Heléné Tourard que tal situação acaba *"correspondendo a um grau cada vez mais elevado de penetração do Direito Constitucional pelo Direito Internacional."*[3]

No Brasil esse fenômeno de internacionalização pode ser visualizado com a criação do Parlamento do Mercosul. Apesar de num primeiro momento não caber expressamente a ele a elaboração de normas, nada impede que com o transcorrer dos tempos esses parlamentares do Mercosul, eleitos pelo voto direto, passem a elaborar normas que irão reger essa comunidade internacional.

No âmbito do Direito Constitucional se pode vislumbrar inclusive a internacionalização do próprio poder constituinte, como ocorreu inicialmente na União Européia com a criação da Constituição Européia. Giuseppe de Vergottini denomina esse poder constituinte internacionalizado como *"potere costituente guidato o asistitto"* . Todavia, a internacionalização do poder constituinte ainda é algo distante para a realidade brasileira tendo em vista as características do nosso sistema constitucional e o estágio de evolução do Mercosul.

* Mestre e Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade Clássica de Lisboa. Professora de Direito Constitucional do UNICEUB e do IESB. Chefe de Gabinete da Ministra do Superior Tribunal Militar Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Membro do Conselho de Estudos Jurídicos da Federação do Comércio do Estado de São Paulo.

1 Mireille Delmas-Marty afirma sobre a internacionalização: "É decerto o movimento mais amplo e mais profundamente perturbador na paisagem do direito francês, principalmente marcado pela dominação crescente de fontes européias de direito, já evocada várias vezes.
Cumpre ainda especificar logo de saída que não existe uma entidade jurídica nomeada Europa, nem sequer uma visão única e prestabelecida da Europa." (*Por um direito comum,* São Paulo: Ed. Martins fontes, 2004, p. 47, tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão)

2 Segundo Héléne Tourard: "A internacionalização das Constituições ultrapassa o contexto das relações entre o Estado e o Direito Internacional. Ela se projeta para além da problemática relação entre Direito Internacional e Direito Interno. Trata-se, na verdade, de abordar a questão das relações entre o Direito constitucional e o Direito internacional em uma perspectiva menos abstrata (...) considerada a realidade dos fenômenos políticos e das relações internacionais." (TOURARD, Héléne. L´internationalisation dês Constitutions Nationales**.** Paris: L.G.D.J., 200, p.11) (tradução livre).

3 TOURARD, Héléne. **Op. cit.**, p.11.

A adoção de um tratado por um Estado ou inserção dele em organismos ou comunidades supranacionais implica na maioria das vezes na necessidade de adaptação do direito interno a essa nova realidade o que se dá por meio de uma revisão constitucional, como ocorreu, por exemplo com a Constituição Portuguesa por ocasião do ingresso de Portugal na União Européia.[4] Para Luís Cláudio Coni a efetivação de revisões constitucionais para adaptar o Texto Constitucional às exigências da ordem internacional nada mais é do que a internacionalização do poder constituinte derivado.[5]

É imperioso reconhecer que a inserção do Estado em uma comunidade internacional implica cada vez mais a penetração do Direito Constitucional pelo Direito Internacional, levando a uma adequação do Direito Constitucional interno às exigências da ordem internacional.[6] Segundo Heléné Tourard: *"a internacionalização do direito corresponde à influência do Direito Internacional sobre a formação e o conteúdo das espécies normativas de determinado sistema jurídico estatal."*[7]

Tal fenômeno de internacionalização ocorreu no Brasil, inicialmente, quando este levou a efeito uma ampliação de suas fronteiras ao ingressar na comunidade do Mercosul. Possibilitou-se assim que os quatro Estados que integram o Mercosul (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai) pasassem a ter um interlocutor único no tocante ao diálogo com outros Países ou Comunidades internacionais. Vale dizer que uma das finalidades do Mercosul é garantir a intergovernabilidade entre os Estados partes, buscando uma harmonização entre os sistemas. É o que Mireille Delmas – Marty define de um sistema de internacionalização *mix law* que se dá sobre o pressuposto da harmonização e não da unificação dos sistemas pátrios.

O processo de internacionalização do Direito já se encontra bastante avançado no Direito Europeu com a criação e desenvolvimento da União Européia. Todavia, na América Latina também se faz presente só que de uma maneira mais suave. No entanto, não há negar-se que é um processo de internacionalização do direito, mas de forma diferenciada do ocorrido na Europa.

Na América do Sul, pode-se destacar, como o faz Luís Cláudio Coni, alguns elementos expressivos dessa correlação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional, quais sejam: a) o reconhecimento do individuo como sujeito de direito internacional; b) a busca de eleições livres nos Estados; c) a adoção do regime democrático; d) o reconhecimento, por meio da assinatura de tratados e convenções, de direitos políticos, civis, econômicos e sociais (Convenção Americana de Direitos Humanos); e) a comunicação entre tribunais nacionais, precipuamente, as Cortes Constitucionais (*judicial cross-fertilization* ou confluência constitucional); f) separação de poderes.[8]

Tem-se também nos Estados da América Latina a proclamação de valores comunitários não só nos Textos Constitucionais, a aplicação dos princípios gerais como fonte subsidiária de direito[9]

---

[4] Luís Maria Diéz-Picazo anota que: "(...) daí que um Estado não pode estar convencionalmente vinculado contra a sua vontade (*ex consensu advenit vinculum*). Isso é conseqüência da confluência do direito internacional: primeiro, o caráter inorgânico e descentralizado da sociedade internacional, que carece de uma autoridade legislativa central; segundo, o princípio da isonomia dos Estados, pelo qual a vontade de um não é juridicamente superior a vontade do outro." (**Constitucionalismo da União Européia,** Madrid: Cuadernos Civitas, 2002, p.88, tradução livre)

[5] CF. KOTZUR, Markus e HÄBERLE, Peter. **Op. cit.,**p. 81.

[6] Peter Häberle afirma: "(….) A 'criação do Estado Constitucional' é atualmente um projeto universal, apesar da diversidade tipológica dos países e das diferenças entre suas culturas nacionais." (KOTZUR, Markus e HÄBERLE, Peter. **De la soberania al derecho constitucional común: pálabras clave para um diálogo europeu-latinoamericano.** trad: Héctor Fix-Fierro. Universidad Nacional Autônoma de México, México, 2003**,** p. 3). (tradução livre)

[7] TOURARD, Héléne. **Op. cit**., p.6.

[8] CF. CONI, Luís Cláudio. **A internacionalização do poder constituinte**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. p. 32.

[9] CF. KOTZUR, Markus e HÄBERLE, Peter. **Op. cit.,** p 70.

e a criação de instrumentos jurídicos internacionais e instituições cuja finalidade não é outra senão a de promovê-los e protegê-los.[10]

Podem-se identificar alguns reflexos da internacionalização do Direito Constitucional na América Latina.

O primeiro deles é a "regionalização"[11] que nada mais é do que a união de estados soberanos visando uma harmonização dos sistemas; é o que ocorre, por exemplo, com a criação do Mercosul. A previsão dessa integração é plenamente verificável nas Constituições dos Estados soberanos da América Latina. A maioria das Constituições latino-americanas possui dispositivos que expressamente prevêem a possibilidade da criação de uma integração com outros Estados, ou seja, o alargamento de suas fronteiras. São cláusulas constitucionais abertas ao direito internacional e até ao direito supranacional

Há previsão expressa de uma integração da América Latina em diversos textos constitucionais, dentre eles, destacam-se: Brasil, Colômbia, Costa Rica, Equador, Guatemala, Honduras, Nicarágua, Panamá, Republica Dominicana, Uruguai, Peru, Venezuela e Argentina. Do ponto de vista estritamente dos Textos Constitucionais é possível afirmar que a integração da América Latina é plenamente viável.[12]

Tendo em vista os Estados partes do Mercosul tem-se que a Constituição brasileira de 1.988 no parágrafo único do art. 4º reza: *"A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino americana de nações."* Já a Constituição do Paraguai em seu art. 9º estabelece que: *"A República do Paraguai, em condições de igualdade com outros Estados, admite uma ordem jurídica supranacional que garanta a vigência dos direitos humanos, da paz, da justiça, da cooperação e do desenvolvimento político, econômico, social e cultural."*

A Constituição da Argentina em seu art. 75, inc. 24 dispõe que: *"Corresponde ao Congresso: aprovar tratados de integração que deleguem competências e jurisdição a organizações supraestatais em condições de reciprocidade e igualdade, e que respeitem a ordem democrática e os direitos humanos. As normas ditadas em sua conseqüência tem hierarquia superior às leis."* Por fim, a Constituição do Uruguai foi mais tímida ao dispor em seu art. 6º que: *"a República procurará a integração social e econômica dos estados latinoamericanos, especialmente, no que se refere à defesa comum de seus produtos e matérias-primas."*

O segundo fenômeno é a "busca de valores comuns" que consiste na criação de um sistema universal de direitos humanos, que se dá tanto na criação de sistemas internacionais de proteção de direitos humanos, como ocorre com o Sistema Americano de direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica), como na incorporação de tratados de direitos humanos pela Constituição dos Estados.

Note-se que a adoção do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica que é de 1969, só se deu em 1992 e a submissão à Corte Interamericana de Direitos Humanos apenas em 2002. Essa submissão implica a determinação da responsabilidade internacional do Brasil por violações aos direitos humanos. A adoção de valores comuns não implica a renúncia da identidade cultural de cada Estado, pois se deve igualmente garantir uma margem de interpretação ("margem nacional"[13]) aos juízes nacionais na aplicação do Direito Internacional ao ordenamento jurídico interno.[14]

---

[10] CF. CONI, Luís Cláudio. **Op. cit.,** p. 32.

[11] CF. VIEIRA, Oscar Vilhena. "A globalização e o Direito: realinhamento constitucional" in **Direito Global**. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1999, p. 20. organizado por VIEIRA, Oscar Vilhena, e SUNDFELD, Carlos Ari.

[12] CF. KOTZUR, Markus e HÄBERLE, Peter. **Op. cit.,** p.28.

[13] CF. DELMAS-MARTY, Mireile **Op. Cit., p. 162**

[14] Peter Häberle comentando a integração da União Européia acentua que: "(...) todas as culturas jurídicas nacionais devem esforçar-se por fazer contribuições à 'identidade européia' através de suas diversas vozes e aprendendo umas de outras, mas sem renunciar as suas identidades nacionais." (CF. KOTZUR, Markus e HÄBERLE, Peter. **Op. cit.,** p.21.)

É possível identificar, ainda, que as Constituições da América Latina estão cada vez mais semelhantes entre si, é uma espécie de "mimetismo[15] constitucional", pois contêm uma série de normas e valores em comum. No Brasil observa-se uma nítida tendência de harmonização de conceitos do Direito Constitucional em relação ao Direito Internacional. O Direito Internacional tem um efeito irradiador sobre o sistema constitucional pátrio.

O terceiro fenômeno é a "globalização econômica",[16] que consiste na imposição de um sistema econômico comum aos Estados e que é mais facilmente perceptível nos sistemas constitucionais que reconhecem expressamente um amplo rol de direitos sociais, pois esses Países são os que mais sofrem a influência direta de qualquer modificação no setor econômico, precipuamente, quando essas alterações implicam na manutenção de um estado mínimo.

Na América Latina grande parte das Constituições contempla um amplo rol de direitos sociais, portanto, qualquer modificação na seara econômica, implica uma alteração na interpretação e aplicação desses direitos. No Brasil, por exemplo, o art. 6º do Texto Constitucional contempla uma série de direitos sociais, como educação, saúde, desporto, previdência e assistência social.

Os Estados latino-americanos se esforçam para criar um direito comum, através de adoção de valores comuns. Já existem valores comuns presentes nos ordenamentos jurídicos dos Países da América Latina, o que possibilita uma maior harmonização entre esses sistemas jurídicos, sem, contudo que isso venha a significar uma unificação deles, como parece ocorrer na União Européia. Deve-se preservar, no processo de internacionalização, o que Peter Häberle denomina de "identidade latino-americana."[17]

Os preâmbulos das Constituições latino-americanas são em forma de tarefas, metas a serem desenvolvidas pelo Estado possuindo princípios comuns, tais como, a busca da justiça e a preservação da dignidade da pessoa humana. Tem-se a previsão de dispositivos constitucionais que estabelecem a nacionalidade aberta aos cidadãos afins em termos culturais.[18]

No Brasil, por exemplo, há referência expressa aos portugueses residentes no Brasil no art. 12, §1º do Texto Constitucional que estabelece que: "*aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor dos brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição.*"

Há também alguns valores peculiares a esses Países, que segundo Peter Häberle,[19] são:

a) necessidade de preservação das variedades étnicas e culturais que se justifica na presença anterior dos povos nativos (índios, astecas, incas e maias, dentre outros). Tem-se nos ordenamentos jurídicos uma proteção expressa a essas minorias;
b) necessidade de superação do analfabetismo por meio de um fomento à educação;
c) proibição expressa da escravidão nos ordenamentos jurídicos, tendo em vista a história dos países da América Latina que durante muitos anos adotaram a escravidão;
d) normas constitucionais que dispõem sobre a proteção do patrimônio cultural;
e) detalhadas normas constitucionais que dispõem sobre o processo de naturalização;
f) cláusulas de desenvolvimento dos direitos fundamentais;

---

[15] CF. VIEIRA, Oscar Vilhena. "A globalização e o Direito: realinhamento constitucional" in **Direito Global**. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1999, p. 20. organizado por VIEIRA, Oscar Vilhena, e SUNDFELD, Carlos Ari.

[16] Para Heléné Tourard "*é um processo de mão dupla, pois as constituições nacionais passam a levar em consideração as relações do Estado Nacional com o direito internacional e este a sofrer uma crescente influência dos dispositivos constitucionais relevantes".*(TOURARD, Héléne. **Op. cit**., p. 12.)

[17] CF. VIEIRA, Oscar Vilhena. "A globalização e o Direito: realinhamento constitucional" in **Direito Global**. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1999, p. 20. organizado por VIEIRA, Oscar Vilhena, e SUNDFELD, Carlos Ari.

[18] CF. KOTZUR, Markus e HÄBERLE, Peter. **Op. cit.,** p.66.

[19] CF. KOTZUR, Markus e HÄBERLE, Peter. **Op. cit.**, p. 23.

g) a existência de uma supremacia da Constituição e, conseqüentemente, de um controle de constitucionalidade com um órgão responsável para exercê-lo, qual seja, o Tribunal Constitucional;
h) normas que dispõem sobre a relação entre Estado e Igreja definida no Texto Constitucional, em virtude da forte influência da Religião, precipuamente, do catolicismo nos países da América Latina;
i) a maioria dos países da América Latina reconhece os direitos humanos[20] e faz parte da Convenção Americana de Direitos humanos de 1969 que muito se assemelha à Convenção Européia de Direitos Humanos que representou um dos primeiros passos para a criação da União Européia;[21]
j) adoção de princípios comuns de direito penal.

Já se encontram presentes nos Estados da América Latina, precipuamente, em seus textos constitucionais, alguns dos elementos necessários para a criação de um Direito Constitucional Comum, tais como: a) direitos humanos como princípios; b) supremacia da Constituição; c) estados democráticos de direito; d) jurisdição constitucional; e) proteção às minorias culturais e étnicas; f) desenvolvimento da educação com vistas a erradicar o analfabetismo; g) um tribunal constitucional que auxilie nesse processo de integração;[22] h) processo de recepção dos tratados internacionais nos textos constitucionais[23]; i) criação de uma esfera pública comum (*öffentlichkeit)*[24] e proteção e promoção da arte, da cultura e do meio ambiente; j) paulatina integração econômica; l) separação de poderes.

É possível identificar três fatores responsáveis pela internacionalização do Direito Constitucional, quais sejam, os próprios textos das Constituições dos Estados na medida em que devem conter normas que prevejam uma integração dos Estados, seja pelas disposições oriundas do poder constituinte originário ou até mesmo pela atuação do poder constituinte derivado, por meio de uma revisão constitucional, as teorias formuladas pela doutrina e as sentenças constitucionais[25].

Esses três fatores demonstram o grau de evolução da internacionalização do Direito Constitucional brasileiro, na busca de um Direito Comum. A Constituição de 1988 tem uma série de dispositivos que expressamente prevêem uma internacionalização do direito, ou seja, são cláusulas abertas que permitem a influência direta do Direito Internacional no âmbito interno, além da regra anteriormente referida (art. 4º, parágrafo único que faz referência à integração dos Países da América Latina). Os parágrafos 2º, 3º e 4º do art. 5º do Texto Constitucional dispõem, respectivamente:

"Art. 5º.....

§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

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.

---

[20] John Rawls afirma: " Os direitos humanos são uma classe de direitos que desempenha um papel especial num Direito dos Povos razoável: eles restringem as razões justificadoras da guerra e põem limites à autonomia interna de um regime" (**O direito dos povos,** São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2004, p. 103, tradução de Luís Carlos Borges)

[21] CF. KOTZUR, Markus e HÄBERLE, Peter. **Op. cit.**, p. 33.

[22] CF. KOTZUR, Markus e HÄBERLE, Peter. **Op. cit.,** p.40.

[23] CF. KOTZUR, Markus e HÄBERLE, Peter. **Op. cit.,** p.48

[24] CF. KOTZUR, Markus e HÄBERLE, Peter. **Op. cit.**, p . 42

[25] Peter Häberle afirma que "vivemos um Estado constitucional cooperativo que se apresenta como um estado constitucional voltado não mais para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros estados constitucionais membros de uma comunidade e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos."

§4ºO Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional e cuja a criação tenha manifestado adesão."

Note-se, ainda, que reformas recentes levadas a efeito no Texto Constitucional pátrio, como a promulgação da Emenda n. 45/04 (Reforma do Judiciário), foram sensíveis à realidade da internacionalização do Direito, na medida em que submeteu o Brasil expressamente à jurisdição de Tribunal Penal Internacional e trouxe a possibilidade de equiparação dos tratados sobre direitos humanos às emendas constitucionais.[26] Note-se que o Texto Constitucional menciona que esses tratados serão equiparados à emenda constitucional o que significa dizer que serão um gênero diferenciado de norma, pois não serão uma norma constitucional. Será conferido, portanto, um *status* constitucional a esses tratados.

O Brasil possui ainda em seu texto uma cláusula de extraterritoritarialidade, qual seja, o art. 4º, inc. VIII, que estabelece nos princípios que regem o Brasil nas relações internacionais o repúdio ao terrorismo.

A doutrina demonstra a preocupação com esse fenômeno e fornece elementos para sua concretização no âmbito do direito brasileiro, bem como detecta os setores mais suscetíveis e discute as suas conseqüências para a sociedade. A constitucionalização do Direito Internacional, bem como a formação de políticas internacionais depende tanto dos atores institucionais (poderes públicos), como também de atores privados, bem como de uma sociedade civil participativa.

Não há negar-se que a internacionalização também se dá por meio da atuação de *experts*, doutrinadores e pesquisadores do direito que contribuem por meio da apresentação de teorias, na elaboração de tratados e compromissos, no importante papel de reconstrução do Estado.[27] Peter Häberle afirma que o desenvolvimento de um direito constitucional comum na América Latina não pode prescindir das comunidades científicas: "(...) A comunidade aberta dos intérpretes da Constituição e da comunidade necessita dos científicos nacionais de todos os países de seu continente."[28]

No Brasil, parte da doutrina da qual se destacam autores como Flávia Piovesan[29], reconhece a hierarquia constitucional dos tratados que versam sobre direitos humanos com base no art. 5º, §2º do Texto Constitucional, que estabelece que os direitos elencados nesta Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados, na busca de valores comuns entre os Estados. Para Flávia Piovesan o direito interno e o direito internacional estão em constante interação na realização do objetivo convergente e comum de proteção dos direitos humanos. Vale registrar, no entanto, que essa não é a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

A internacionalização do Direito Constitucional é uma realidade que vem se fazendo cada vez mais presentes na vida dos Estados soberanos e que tem ocorrido em grande parte, em virtude de modificações levadas a cabo nas Constituições, pela influência da doutrina e também pelas decisões dos Tribunais Constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, tem nas suas decisões refletido a influência da internacionalização do direito, sendo plenamente visível a aplicação da fertilização

---

[26] Nesse sentido Sylvie Torcol acentua que: *"a internacionalização das constituições afeta o equilíbrio institucional estatal: o Poder Executivo em sua qualidade de principal ator em matéria de relações internacionais; o Poder Legislativo na qualidade de poder normativo e de controle dos órgãos de governo; e o Poder Judiciário, em sua função de aplicação das fontes de direito às situações concretas."(*Apud Luis Cláudio Coni Op. Cit. p.85) TORCOL, Silvie.**Les mutations du constitucionnalisme à l´épreuve de la construction européenne**. Tese de doutorado defendida em 12/12/2002 perante a Faculdade de Direito da Universidade de Toulon et du Var, Lille, A.N.R.T, P.4

[27] CF. CONI, Luís Cláudio. **Op. cit.,** p. 77.

[28] CF. KOTZUR, Markus e HÄBERLE, Peter. **Op. cit.,** p. 82.

[29] CF. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.

cruzada, ou seja, decisão dos tribunais de outros Estados sendo adotado pelo Brasil. Exemplo desse fenômeno são as técnicas de decisão utilizadas pelo Tribunal Constitucional Alemão, como a interpretação conforme a Constituição, a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, o apelo ao legislador e a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.

Em razão dos efeitos das decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional em controle de constitucionalidade concentrado serem *erga omnes* e vinculante acabam por repercutir no direito como um todo. Tanto é que essas técnicas foram previstas, posteriormente, em lei, qual seja, a Lei n.º 9.868/99, que expressamente faz referência à interpretação conforme a Constituição, à declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão

O próprio princípio da proporcionalidade que foi incorporado ao sistema constitucional pátrio teve a sua origem no direito comparado, principalmente, pela influência do direito alemão. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do Habeas Corpus n. 82.424/RS que versava sobre o tema do Discurso do Ódio, no qual um escritor e dono de uma editora no Rio Grande de Sul foi acusado de pratica de racismo, em razão de suas obras questionarem a existência do Holocausto e denegrirem a imagem e a honra do povo judeu. O Supremo Tribunal Federal, em julgamento histórico, definiu que judeu é considerado raça, pois o crime de racismo abarca toda a perseguição ou discriminação a um determinado grupo social, étnico, religioso ou cultural. Nessa decisão a Corte Suprema se valeu da jurisprudência dos Tribunais Constitucionais Europeus, principalmente, o Alemão e o Espanhol e das decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a despeito de a história do nosso País não consagrar uma perseguição ou discriminação em relação ao povo judeu.

A jurisdição constitucional desempenha relevante papel na internacionalização do Direito Constitucional, pois as normas internacionais quando questionadas na sua validade ou em conflito com o sistema jurídico interno dependem da atuação do Poder Judiciário, precipuamente, da jurisdição constitucional, no Brasil, do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido acentua Héléne Tourard: *"o juiz constitucional também sofre, como todos os outros órgãos públicos, uma influência cada vez maior da comunidade internacional, o que conduz à internacionalização do contencioso constitucional. Essa tendência implica o respeito, no funcionamento da jurisdição constitucional, de normas internacionais, quando, até há pouco tempo, apenas normas internas eram-lhe aplicáveis."*[30]

O controle de constitucionalidade dos tratados serve tanto para manter o respeito aos valores internos por parte da comunidade internacional, como também para harmonizar as exigências oriundas dos tratados com os valores constitucionais.[31]

No entanto, no Brasil a apesar de o §2º do art.5º da Constituição Federal de 1988 estabelecer que o*s direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, o* Supremo Tribunal Federal firmou sua jurisprudência no sentido de que os tratados têm hierarquia de lei infraconstitucional, de modo que em caso de conflito entre um tratado e a Constituição, deve prevalecer a norma constitucional.

No que diz respeito à hierarquia dos tratados no ordenamento jurídico interno de cada Estado, cumpre registrar que dentre os Estados que integram o Mercosul, a Constituição do Paraguai (art. 9) admite uma ordem jurídica supranacional e a da Argentina (art. 75, inc. 24) confere hierarquia constitucional aos tratados e a da Venezuela além de conferir hierarquia

---

[30] TOURARD, Héléne. **Op. cit.**,, p. 252.

[31] Héléne Tourard sustenta que o que se: "pede ao juiz constitucional é a adoção de uma interpretação evolutiva em função do que os poderes públicos entendem ser a própria evolução da comunidade internacional."TOURARD, Héléne. **Op. cit.**,, p. 276.

constitucional aos tratados de direitos humanos, estabelece a aplicabilidade imediata e direta de seus dispositivos e a regra hermenêutica da norma mais favorável ao indivíduo. A Constituição do Uruguai foi mais tímida mencionando apenas a busca pela integração social e econômica dos estados latino-americanos.

Não obstante existir uma confluência de valores protegidos nos âmbitos interno e internacional em matéria de direitos humanos o Supremo Tribunal Federal optou por dar prevalência a uma interpretação que prestigia a supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, inclusive em face das normas decorrentes de tratados dos quais o Brasil faz parte. Note-se que mesmo em face da existência de dispositivos constitucionais que se constituem nitidamente em cláusulas abertas que possibilitam a constitucionalização das normas internacionais tais como o referido §2º do art. 5º, bem como o parágrafo único do art. 4º que prevê que o Brasil a buscará a integração econômica, política, social e cultural dos Países da América Latina, o Supremo Tribunal Federal optou por uma posição mais conservadora.

No RHC 79.785/ RJ de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence em que se analisou a eficácia do duplo grau de jurisdição no direito brasileiro em face da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. A Constituição não tratava expressamente desse princípio como garantia fundamental. O Supremo Tribunal Federal não conferiu prevalência sobre a Constituição de qualquer tratado internacional.[32] Essa posição se fundamentava não só na supremacia da Constituição, como também no art. 102 e incisos da Constituição de 1988 que estabelece dentre do rol de competências do Supremo Tribunal Federal a tarefa de realizar o controle de constitucionalidade dos tratados em sede de recurso extraordinário, ou seja, controle difuso. Os tratados depois de internalizados também podem ser objeto de controle de constitucionalidade concentrado por meio das ações diretas de inconstitucionalidade.

No entanto, a criação do Mercosul está a implicar a necessidade de uma alteração da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à hierarquia normativa dos tratados dos quais o Brasil faz parte. É necessária uma alteração da interpretação da Constituição para flexibilizá-la, sem, contudo, violar o seu núcleo essencial para incorporação das normas internacionais. Tal modificação pode dar-se de duas formas, uma mudança da interpretação ou uma revisão no próprio Texto Constitucional. Essa última já foi objeto de uma tentativa por ocasião da revisão constitucional de 1.994, mas não foi aprovada, pois conferia aplicação imediata às normas oriundas de tratados

Quando se tem em vista, que via de regra a inserção do Estado em comunidades internacionais impede a oposição de reservas[33], ou seja, pressupõe a ampla recepção de cláusulas pactuadas que são freqüentemente inconstitucionais, o que implica, muitas vezes, a necessidade de uma revisão constitucional para adaptar o sistema interno às novas exigências.

Essa revisão constitucional deveria contemplar, no caso brasileiro, alterações nos princípios que regem as relações internacionais, a renúncia parcial da soberania nacional, regras para facilitar a naturalização dos membros da comunidade, a incorporação facilitada de um possível direito comunitário e o reconhecimento dos princípios gerais de direito como fonte subsidiária. Deve-se sempre privilegiar a proteção à liberdade *(freiheitssicherung)*[34], a autonomia coletiva *(kolletive autonomie)*[35] e a a capacidade de consenso duradouro (*Dauerhafte Konsensfähigkeit)*, realizável sob a reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen)*.[36]

[32] CF. CONI, Luís Cláudio. **Op. cit.,**p.96.
[33] CF. CONI, Luís Cláudio. **Op. cit.,**, p. 72.
[34] CF. CONI, Luís Cláudio. **Op. cit.,** p.117
[35] CF. CONI, Luís Cláudio. **Op. cit.,** p.118
[36] CF. CONI, Luís Cláudio. **Op. cit.,** p. 119

No entanto, parece ser perfeitamente possível a adaptação do sistema jurídico brasileiro ao direito internacional, por meio da alteração da jurisprudência constitucional sem a necessidade de se levar a cabo uma revisão do Texto Constitucional, pois a Constituição brasileira possui normas que permitem a internacionalização do direito. A resistência maior a esse processo de internacionalização não decorre das normas jurídicas, nem da doutrina, mas sim da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Nesse particular, ganha relevo aqui o quinto método de interpretação constitucional defendido por Peter Häberle, qual seja, "comparação jurídica" ao lado dos quatros métodos clássicos de interpretação elaborados por Savigny (gramatical, histórico, lógico e sistemático).[37] O emprego deste método se faz imprescindível num processo de internacionalização do direito.

Este método leva em consideração que o Estado deve sofrer os efeitos da ordem internacional da qual é também um criador. Ele é levado a efeito pelos Tribunais Constitucionais nacionais que se valem das decisões de tribunais de outros Estados para solucionarem o caso concreto. Peter Häberle acentua que isso tem ocorrido muitas vezes de maneira implícita, mas é necessário que tal processo seja expresso, pois "(...) a força criadora da comparação jurídica atua em dois planos e em duas formas: a comparação jurídica nas mãos do juiz (constitucional, e do constitucionalista), e como comparação jurídica ao serviço da política jurídica."[38]

Este método hermenêutico propõe uma flexibilização das normas constitucionais em face do Direito Internacional, no entanto resguardando o núcleo semântico (*geltungskern*) do Texto Constitucional, ou seja, implica que os tribunais ao interpretarem a Constituição devem levar em consideração os tratados e os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Luis Cláudio Coni defende que o emprego desse método colabora "para a construção de uma Sociedade Mundial (*weltgessellschaft*), para além da comunidade internacional."[39]

Pode-se observar analisando as decisões recentes do Supremo Tribunal Federal que já se faz sentir uma mudança na sua jurisprudência, principalmente, depois do advento da EC n. 45/04 que possibilitou, como dito anteriormente, que 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.

O Poder Legislativo brasileiro com a aprovação dessa emenda constitucional se mostrou sensível à necessidade de flexibilização das normas constitucionais em face dos tratados internacionais ao introduzir o referido dispositivo na Constituição. Em face desta modificação alguns ministros do Supremo Tribunal Federal já proferiram votos no sentido de reconhecer que os tratados são uma espécie normativa diferente das leis ordinárias, constituindo-se em uma categoria normativa intermediária entre a Constituição e as leis infraconstitucionais.

O Min. Gilmar Mendes em voto proferido no RE 466.343-1/SP afirmou que: *"Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes um lugar privilegiado no ordenamento jurídico.(...) a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil (...)"*

O Min. Gilmar também reconhece que: "*é preciso ponderar, no entanto, se, no contexto atual, em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado Constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência não teria se tornado completamente defasada."*

---

[37] CF. KOTZUR, Markus e HÄBERLE, Peter. **Op. cit.**, p. 14

[38] CF. KOTZUR, Markus e HÄBERLE, Peter. **Op. cit.**,p. 15.

[39] CF. CONI, Luís Cláudio. **Op. cit.,** p.160.

Não chegou o Supremo Tribunal Federal a conferir um caráter constitucional ou supraconstitucional, mas sim um caráter supralegal aos tratados, o que já significa um grande avanço na nossa jurisprudência que até então só reconhecia o caráter legal dessas normas.

Ao atribui-se caráter supralegal aos tratados, adota-se uma posição intermediária entre a adoção da teoria monista e dualista. A supralegalidade desses tratados possibilita que esses paralisem a eficácia jurídica de qualquer ato normativo infraconstitucional com eles conflitantes. A França, a Holanda e a Grécia também adotam essa posição de supralegalidade em relação aos tratados.

Alguns fatores contribuíram para essa modificação, quais sejam, o Mercosul, as alterações feitas pela EC n. 45/04. bem como a realização de encontros anuais, entre as Cortes Constitucionais do Mercosul e que tem como finalidade a busca de uma homogeneidade de interpretações destas Cortes em face das normas do Mercosul. Busca-se, assim a interpretação comum das normas do tratado.

Cumpre registrar também que o Código Tributário Brasileiro de 1966, anterior à Constituição de 1988, estabelece em seu art. 98 a vigência do princípio da prevalência do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional. Tem-se, portanto, uma incongruência, na medida em que se admite o caráter especial e superior hierarquicamente dos tratados que versam sobre matéria tributária em relação à legislação infraconstitucional. No entanto, quando se trata de tratados de direitos humanos, reconhece-se a possibilidade de seus efeitos serem suspensos por simples lei ordinária.

Todavia, há que se admitir que a tarefa do Supremo Tribunal Federal na internacionalização do Direito Constitucional é bastante complexa, já que na busca da harmonização dos conflitos existentes entre a ordem interna e a internacional, surgirão situações de difícil solução. Por exemplo, a EC n. 45/04 levou a submissão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional e cujo tratado o Brasil ratificou. Todavia esse tratado prevê a imprescritibilidade de certos crimes e o nosso sistema a admite, bem com prevê a prisão perpetua e o nosso proíbe.[40]

A prescritibilidade dos delitos e a proibição de prisão perpetua são direitos fundamentais, que dentro da doutrina e jurisprudência pátria constituem-se cláusula pétrea, ou seja, insuscetíveis de alteração por meio de emenda ou revisão constitucional. De outra parte o §4º do art.5º da Constituição que trata do Tribunal Penal Internacional também é uma cláusula pétrea. Está-se diante aqui de um conflito entre cláusulas pétreas. Resta saber qual delas deve prevalecer, tarefa essa que recairá sobre o Supremo Tribunal Federal. Seria o primeiro caso no sistema brasileiro de uma emolução, como classifica Mirreile: derrogação da norma interna em face da internacional, que deve ser enfrentado pela Corte Constitucional

Talvez a solução possa residir na adoção de um controle preventivo de constitucionalidade em face dos tratados, como ocorre na Alemanha[41], pois o sistema de internalização dos tratados no Brasil se dá num primeiro momento com a assinatura do Tratado pelo Presidente da República, depois passa necessariamente pela aprovação do Congresso Nacional por decreto legislativo e na internalização pela aprovação do Presidente da República por meio de decreto.

O tratado só gera efeitos no sistema jurídico pátrio a partir da publicação do decreto pelo Presidente da República. Portanto, seria possível o cabimento de uma ação direta de inconstitucionalidade em face do decreto legislativo emanado do Congresso Nacional, pois seria

---

[40] CF. CONI, Luís Cláudio. **Op. cit.,** p.84.

[41] Explica Luis Maria Díez-Picazo que: "(...) a principal conseqüência prática que o Tribunal Constitucional alemão extraiu da idéia de os Estados membros como senhores dos tratados constitutivos é a possibilidade de submeter ao controle de constitucionalidade nacional e, em seu caso, declarar inaplicáveis na Alemanha qualquer norma da União Européia que excedam as competências atribuídas a esta. (**Op. cit.,** p. 114)

um controle de constitucionalidade preventivo exercido pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que o tratado só gera efeitos após a edição do decreto. Essa parece ser uma solução possível para possibilitar um maior desenvolvimento da internacionalização do direito constitucional brasileiro, sem, contudo realizar-se uma revisão da Constituição.

Em síntese, tem-se que a constante necessidade de se conferir efetividade à proteção dos direitos humanos no âmbito interno e internacional exige uma mudança na posição dos tratados sobre direitos na ordem jurídica brasileira, faz-se imprescindível uma jurisprudência mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas principalmente à proteção da dignidade da pessoa humana e preservação de valores comuns aos Estados.

BIBLIOGRAFIA

CONI, Luís Cláudio. A internacionalização do poder constituinte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

DIÉZ-PICAZO, Luís Maria. Constitucionalismo da União Européia, Madrid: Cuadernos Civitas, 2002.

KOTZUR, Markus e HÄBERLE, Peter. De la soberania al derecho constitucional común: pálabras clave para um diálogo europeu-latinoamericano. trad: Héctor Fix-Fierro. Universidad Nacional Autônoma de México, México, 2003.

DELMAS-MARTY, *Mireille, Por um direito comum*, São Paulo: Ed. Martins fontes, 2004, tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.

RAWLS, John. O direito dos povos, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2004, p. 103, tradução de Luís Carlos Borges.

TOURARD, Héléne. L´internationalisation dês Constitutions Nationales. Paris: L.G.D.J., 2000.

VIEIRA, Oscar Vilhena. "A globalização e o Direito: realinhamento constitucional" in Direito Global. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1999, p. 15 a 48. org. por VIEIRA, Oscar Vilhena, e SUNDFELD, Carlos Ari.

Interpretação das Normas Constitucionais

Tercio Sampaio Ferraz Junior*

1. Modelo de estado e interpretação

Diga-se desde logo que não apenas a nossa, mas as constituições contemporâneas de um modo geral sofreram um processo de transformação que nos atinge hoje de uma forma peculiar. O fato de que a estrutura institucional das leis básicas enquanto constitutivas do Estado de Direito provém do século XIX e se aplica a uma realidade que não mais existe na atualidade, não nos permite ater-nos a certas fórmulas de rigor formalista, sem que nos obriguemos a abrir inúmeras exceções. O caráter de suas normas não exclui hoje muitas normas de caráter específico. Mesmo as normas que consagram direitos fundamentais não fogem a esta característica. Isto afeta, obviamente, a lógica interna do Estado de Direito e deve ser considerado como um dado relevante quando se discute a aplicabilidade das normas constitucionais e sua interpretação.

Para se compreender estas transformações, temos de partir do caráter positivado das normas das constituições modernas. Esta positivação foi uma das idéias que corporificaram o movimento constitucionalista a partir do século XIX. Um dos traços centrais do Estado de Direito foi, assim, a fixação de uma ordem estatal livre, na forma de normas positivas, sujeitas às formalidades garantidoras da certeza e da segurança. Desta forma protegia-se a liberdade conforme a lei. Isto exigiu, portanto, uma formalidade constitucional. Esta formalidade conferia à constituição uma transparência e uma estabilidade indispensáveis. Graças a ela, as constituições puderam submeter-se às regras usuais de interpretação. Por seu intermédio chegava-se ao seu sentido e se controlava a sua eficácia. Sua estabilidade decorria igualmente, não obstante as mudanças na realidade, das limitações postas por estas regras.

Na tradição do século XIX, essas regras correspondiam à fixação do sentido vocabular (método gramatical), proposicional (método lógico), genético (método histórico) e global (método sistemático), conforme as lições de Savigny e outros autores clássicos. Para efeito de uma hermenêutica constitucional voltada para o Estado de Direito concebido como um estado mínimo, reduzido em suas funções, a interpretação tinha uma orientação de bloqueio - interpretação de bloqueio - conforme princípios de legalidade e estrita legalidade como peças fundantes da constitucionalidade. Não se pode desconhecer, contudo, neste .passo, que a norma constitucional contém elementos jurídicos que a diferenciam das demais normas, características da qual um normativismo rigorosamente positivista, supostamente neutro e acrítico, não chega a dar conta. Aqui entra em cena a ordem política global do Estado constitucional, que obriga a certas correções e especificações.

Partimos do princípio hermenêutico da unidade da Constituição. Este princípio nos obriga a vê-la como um *articulado de sentido*. Tal articulado, na sua dimensão analítica, é dominado por uma lógica interna que se projeta na forma de uma organização hierárquica. Ou seja, uma Constituição, da mesma forma que o ordenamento jurídico de modo geral, também conhece a estrutura da ordem escalonada, não estando todas as suas normas postas horizontalmente uma ao lado da outra mas, verticalmente, uma sobre outra. Concebê-la sem escalonamento é implodir aquele articulado, tornando-a destituída de unidade. Perdendo-se a unidade, perde-se a dimensão da certeza, o que faria a Constituição um instrumento de arbítrio.

---

* Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

A noção de hierarquia, que conduz à aplicação de esquemas interpretativos como a regra da superioridade e da especialidade, donde a possibilidade de interpretação restritiva, já teve menos alcance na hermenêutica constitucional (Cf. Alípio Silveira, Hermenêutica no direito brasileiro, 1968, v. I:222). Na medida, porém, em que constituições passam a ser concebidas não como um complexo compacto e indiferençado de normas, mas, justamente pela complexidade quantitativa e qualitativamente crescente de suas disposições, passam a ser vistas como um *sistema* de normas coordenadas e inter-relacionadas que se condicionam reciprocamente (Cf. José Afonso da Silva, Aplicabilidade das normas constitucionais, 1968:37), torna-se inevitável o recurso ao escalonamento e suas conseqüências analíticas (Cf. Karl Engisch, Einführung in das juristische Denken, 1968:157).

Afinal, não é possível deixar de reconhecer, no seu complexo normativo, a presença do cerne fixo material representado pelos direitos fundamentais e sua prevalência sobre as demais normas, bem como a diferença entre normas que agasalham princípios, normas que instituem princípios, normas que têm um sentido técnico de organização, normas que visam à própria aplicabilidade da constituição etc. e a sua conseqüente imbricação formal conforme esquemas lógicos de identidade e não-contradição.

A concepção *formal* da hierarquia, porém, não é suficiente para compreender o sistema. Existem aí aspectos econômicos, sociológicos, jurídicos e filosóficos que não podem ser reduzidos à mera forma. Neste sentido nos diz Pinto Ferreira (Princípios constitucionais de direito constitucional moderno, 1951:64) que o "edifício" constitucional possui vários andares: "em baixo a infra-estrutura das relações econômicas, a técnica de produção e de trabalho, como símbolos de uma economia individualista ou coletivista; logo em seguida as representações coletivas da sociedade, os sentimentos e instituição dominantes da comunidade humana, como reflexo da consciência comunal; depois, o sistema de normas jurídicas que, se inspirando nos antecedentes econômicos e histórico-sociais, transluzem essa consciência social, corporificando-a em uma carta política; e, acima de tudo, os princípios de justiça, direito natural e segurança coletiva, como o ideal do regime constitucional perfeito". Isto, obviamente, torna a unidade de sentido, peça imprescindível da interpretação constitucional, um dado irredutível à mera forma lógica.

Esta unidade de sentido não se obtém se consideramos a Constituição sem conexão com a própria realidade constitucional, enquanto uma experiência normativa, vivida e concreta, da comunidade. Por isso, sua unidade de sentido não tem apenas uma dimensão teológica própria do sistema de valores que lhe é ínsito. Quando se fala de sistema de valores é preciso precaver-se contra uma interpretação abstrata e por isso mesmo incontrolável. A experiência alemã a esse propósito, no entendimento da famosa Constituição de Weimar, e que conduziu aquele país às arbitrariedades do nazismo, deve-nos servir de exemplo. Assim, o reconhecimento de um sistema de valores não deve conduzir à justificação de quaisquer hipostasias, na medida em que a superação de um método positivista não deva significar uma perda do sentido da positividade do direito (Forsthoff, Rechtsstaat im Wandel, 1976:134).

É preciso, pois, na interpretação constitucional, ter-se em conta a "forma típica da constituição" e suas transformações (Forsthoff, 1976:160).

No limiar destas transformações que caracterizam a passagem, ou melhor, a complicada convivência do Estado de Direito com o chamado Estado do Bem-Estar Social ou Estado Social, Ruy Barbosa (apud Alípio Silveira, 1968, v .2:3) fazia observar que: "a concepção individualista dos direitos humanos tem evoluído rapidamente, com os tremendos sucessos deste século, para uma noção incomensurável nas noções jurídicas do individualismo, restringidas agora por uma extensão, cada vez maior, dos direitos sociais. Já não se vê na sociedade um mero agregado, uma justaposição de unidades individuais acasteladas cada qual no seu direito intratável, mas uma

unidade orgânica, em que a esfera do indivíduo tem por limites inevitáveis, de todos os lados, a coletividade. O direito vai cedendo à moral, o indivíduo à associação, o egoísmo à solidariedade humana".

Estas palavras de Ruy Barbosa apontam já para uma espécie de "desformalização" da constituição, que ele certamente não encampava, mas que iria agudizar-se posteriormente. Mais ou menos a mesma época, Max Weber (Wirtschaft und Gesellschaft, 1976: 503 e ss.), um dos mais brilhantes sociólogos da formalização do direito como expressão da racionalidade, já apontava para as tendências que iriam "favorecer uma dissolução do formalismo jurídico". Ele previa não só certa disparidade entre legalidades lógicas próprias do pensamento formal jurídico e os efeitos econômicos visados como também a respectiva expectativa". Surgiam, dizia ele, exigências materiais dos modernos problemas de classe, de um lado, acompanhadas, de outro, de propostas de ideologias jurídicas que se guiavam por critérios valorativos contidos na expressão social do direito.

Atente-se, assim, para essa passagem, na vida constitucional brasileira, de um Estado liberal burguês e sua expressão tradicional num Estado de Direito abstrato, para o chamado Estado Social. Tal passagem, porém, não deve significar a exclusão do primeiro pelo segundo, mas a sua transformação naquilo que a Constituição brasileira de 1988 chama de "Estado Democrático de Direito" (v. Preâmbulo e art. 1º). Com esta noção não se exprime obviamente apenas a sujeição do Estado a procedimentos jurídicos e à realização de não importa qual a idéia de direito, mas a sua subordinação a critérios materiais próprios.

2. Da interpretação de bloqueio à interpretação de legitimação

O que Weber tinha em mente talvez possa ser esclarecido em termos de uma distinção entre procedimentos interpretativos de bloqueio - hermenêutica tradicional e *procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais* a luz da constituição. Esta *interpretação de legitimação* significa que certas aspirações se tornariam metas privilegiadas até mesmo acima ou para além de uma conformidade constitucional estritamente formal. Elas fariam parte, por assim dizer, da pretensão de realização inerente à própria constituição.

Ora, a idéia, subjacente a esse procedimento interpretativo de legitimação, de que constituições instauram uma pretensão de se verem atendidas expectativas de realização e concreção só pode ser atendida, juridicamente, na medida em que se introduziu na hermenêutica constitucional uma consideração de ordem axiológica. Ou seja, pressupondo-se que uma constituição apresenta, no seu corpo normativo, um sistema de concreção de valores, a aplicação das suas normas, por via interpretativa, se torna uma realização de valores. Com isso, o procedimento hermenêutico de captação do sentido do conteúdo das normas torna-se realização valorativa conforme procedimentos próprios da análise e da ponderação de valores. Note-se que não estamos falando aqui da oposição entre um método formalista e um método culturalista, nem ignorando que mesmo a hermenêutica tradicional - de bloqueio - sempre fez uso de regras valorativas que obrigam. O intérprete legitimador obriga-se a não se ater a letra da norma, mas a buscar-lhe a *ratio* imanente, primeiro por meio de métodos teleológicos, sociológicos e mesmo axiológicos, para depois visar a um procedimento interpretativo transformador das realidades sociais: procedimento de legitimação.

Aqui não está em jogo nem a crítica do positivismo de que a norma posta se reduz ao texto prescritivo, nem a defesa de uma visão de que o direito é um fenômeno cultural, estando suas normas imersas numa atmosfera social, política e econômica que constituem seu meio vital. Na verdade, o problema é outro. Quando se opõem procedimentos interpretativos de bloqueio e

procedimentos de legitimação, o que entra em pauta é um problema de como captar o sentido das constituições no momento em que, concebidas estas como sistemas de valores, a hermenêutica se transforma num instrumento de realização política, com base na qual a legislação procurara concretizar princípios e programas implicitamente agasalhados peIo texto constitucional. Ou seja, a questão hermenêutica deixa de ser um problema de correta subsunção do fato a norma - com sua carga lógica, histórica, sistemática, teleológica e valorativa - para tomar-se um *problema de conformação política dos fatos*, isto e, de sua transformação conforme um projeto ideológico.

Esta mudança corresponde a uma transformação de forma típica do Estado constitucional enquanto o Estado de Direito burguês, que as constituições abandonam ou alteram. Essa forma típica pressupunha uma distinção entre Estado e Sociedade como entidades autônomas, o que obrigava as constituições a se restringirem a regras gerais limitativas da atividade do Estado. Nele, assinale-se a postura individualista, o primado da liberdade no sentido negativo, da segurança formal e da propriedade privada, de um Estado concebido como um "servo estritamente controlado da sociedade" (Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928:125).

Agora, as tarefas postas ao Estado não só se multiplicaram, mas também se modificaram. Exige-se do Estado a responsabilidade peIa conformação social adequada da sociedade, ou seja, colocam-se para ele outras funções que não se casam plenamente com os tradicionais limites do Estado de Direito.

Quando o intérprete atua dentro destes limites, a interpretação de bloqueio pressupõe que os preceitos constitucionais estatuem princípios e finalidades fundamentais, em relação aos quais o intérprete não pode articular sentidos e objetivos senão aqueles que já estejam reconhecidos *ex tunc* na própria constituição. O regulador dogmático da interpretação de bloqueio é, pois, uma espécie de princípio de proibição de excessos, isto é, proibição de articulações de interesses protegidos "para além" da constituição sob a alegação de favorecer-lhes o exercício.

A questão muda de figura quando pensamos nas exigências postas ao Estado Social. Neste, perceba-se a extensão do catálogo dos direitos fundamentais na direção dos direitos econômicos, sociais e culturais, a consideração do homem concretamente situado, o reconhecimento de um conteúdo positivo da liberdade, complexidade dos processos e técnicas de atuação do Poder Público, a transformação conseqüente dos sistemas de controle da constitucionalidade.

3. A interpretação de legitimação

Os procedimentos interpretativos de legitimação, que pressupõem que o intérprete esteja autorizado a articular e qualificar o interesse público posto como um objetivo pelo preceito constitucional, o que implica uma certa discricionariedade hermenêutica. 0 intérprete deve pressupor, nesse caso, que os preceitos constitucionais estão submetidos a certos pressupostos. Alguns são de ordem normativa condicional. Assim, os preceitos dirigidos à participação e à prestação positiva do Estado Social são *leges imperfectae*, isto é, não são imediatamente realizáveis sem uma atuação do próprio hermeneuta que deve, então, prover uma identificação dos meios possíveis para a consecução de finalidades, quer sejam eles meios sociais ou técnicos, a fim de que a norma possa ser efetiva. Outros são de ordem jurídico-funcional. Como se supõe que a fixação constitucional de objetivos traduz valores que, no entanto, por si sós não permitem a percepção de diretrizes vinculantes, cabe ao intérprete direcionar a configuração da ordem social desejada, a partir, da qual se dará o controle da constitucionalidade.

Os reguladores dogmáticos de uma interpretação de legitimação são, por isso, abertos, flexíveis, como é o caso, por exemplo, da regra de proporcionalidade: os fins articulados e

qualificados devem estar na dependência dos meios disponíveis e identificáveis, ou, da regra de exigibilidade: o Estado Social está vinculado à realização de seus objetivos, cabendo ao intérprete considerá-los sob o ponto de vista da sua viabilidade.

A título de exemplo do que estamos dizendo, veja-se o disposto no artigo 182, § 2º, da Constituição Federal. Depois de, no artigo 5º, XXIII e no artigo 170, III, estabelecer a "função social da propriedade", conceito obviamente valorativo, determina no mencionado artigo 182, § 2º que "a propriedade cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor". A co-participação politicamente legitimadora do intérprete, neste caso, resulta evidente.

4. Os limites para uma interpretação de legitimação

As garantias proporcionadas pelo contorno constitucional do Estado de Direito são, acima de tudo, *delimitações*, com sentido eminentemente técnico e normativo. Já os objetivos exigidos pelo Estado Social pressupõem um Estado ativo, que desempenha funções e exige meios para realizá-las. Em conseqüência e este é um ponto fundamental para a hermenêutica constitucional enquanto para o Estado de Direito o fenômeno do poder é, por definição, circunscrito e delimitado na Lei Magna, o perfil do Estado Social corre o risco de tornar o poder incontrolável, pois nele as possibilidades de extensão das formas de dominação são imensas, podendo atingir intensidades sutis, nos limites da arbitrariedade.

Ora, é dever do intérprete, ao analisar a unidade de sentido própria da Constituição, evitar que o reconhecimento constitucional do Estado Democrático de Direito venha a significar a utilização desvirtuada das necessárias funções sociais do Estado e meios correspondentes como um instrumento de poder. Acautela-se, deste modo, o poder público contra o risco de perverterem-se suas legítimas funções pelo excesso de poder escondido sob a capa de formalismos obtusos ou de valorações abstratas.

Nesse sentido, uma interpretação por legitimação exige uma percepção das competências constitucionais conferidas ao legislador. Por meio delas é possível nortear a interpretação por legitimação, dando-lhe os limites da confirmação legitimadora.

Sobre a competência legislativa constitucionalmente conferida deve-se distinguir, como o faz em sentido ligeiramente diferente E. Grabitz (Freiheit und Verfassungsrecht, 1976:68), entre competência de qualificação legislativa plenamente vinculada, vinculada positivamente e vinculada negativamente. No primeiro caso, o Constituinte já fornece, de antemão, completa e abrangentemente, o sentido dos direitos e obrigações constituídos, não podendo o legislador ordinário (e, por conseguinte, o intérprete) ampliar-lhes ou restringir-lhes aquele sentido ainda que sob o argumento de favorecê-los. No segundo, o Constituinte conforma o sentido dos direitos e obrigações, mas atribui ao legislador ordinário (e também ao intérprete) a tarefa de explicitá-lo. No terceiro, o constituinte dá uma linha de direção que não pode ser contrariada, conferindo ao legislador ordinário (e ao intérprete), *a contrario sensu*, amplas possibilidades.

A título de exemplo, digamos que a norma "é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens" (art. 5º, XV, da Constituição) corresponde a uma competência de qualificação legislativa plenamente vinculada; já a norma "o imposto previsto no inciso III-I será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade na forma da lei" (art. 153, § 2º. I, da Constituição) corresponde a uma competência de qualificação legislativa positivamente vinculada; e a norma "a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno

desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes" (art. 182 da Constituição) corresponde a uma competência de qualificação legislativa negativamente vinculada.

5. Interpretação de legitimação, aplicabilidade e eficácia

Por fim, a interpretação por legitimação tem uma especial conseqüência para a questão da aplicabilidade das normas constitucionais

O termo aplicabilidade tem origem, etimologicamente, no verbo *applicare* que, por sua vez, resulta de *ad-plicare*. *Plicare* significa dobrar e o sufixo *ad* é uma preposição de acusativo que acompanha as circunstâncias de lugar, proximidade, tanto no sentido espacial (onde) quanto no sentido temporal (quando). Dai o sentido original de *applicare* reportar-se a idéia de *enroscar*, *juntar* numa certa direção, envolvendo, em conseqüência, uma finalidade. Na linguagem jurídica, por isso, aplicar a norma vai significar pô-la em contato com um referente objetivo (fatos e atos). A aplicabilidade exige assim interpretação. Além disso exige condições de possibilidade que no direito estão referidas a aspectos técnicos inerentes a estrutura das normas e da realidade normanda. Na teoria jurídica, estas condições reportam-se à noção de eficácia.

A noção de eficácia, para o senso comum jurídico, tem, porém, um sentido que nos pode conduzir a uma circularidade infecunda. Diz-se, por vezes, que uma norma é eficaz na medida em que é observada, entendendo-se por observância o seu efetivo cumprimento tanto da parte da autoridade competente quanto dos sujeitos passivos de modo geral. Ora, se uma norma é eficaz quando "obedecida e aplicada", segue-se que a eficácia passa a denotar uma situação e a conotar um conceito, situação e conceito que estão pospostos a própria eficácia: verificada a aplicação, diz-se que a norma é eficaz. No entanto, na medida em que o senso comum também admite que, para aplicar-se a norma, se requer a sua eficácia, está formado o círculo mencionado.

Para deslindar a questão convém, pois, distinguir o significado de eficácia e efetividade. Por efetividade deve-se entender a observância verificada, a aplicação e a obediência ocorridas. A norma efetiva é a norma observada em larga extensão. Já eficácia deve ser termo relacionado com as condições de aplicação e obediência, portanto aquelas condições que tornam a norma aplicável e obedecível. Pode-se, assim, dizer, de uma norma, já no momento inicial de sua vigência, se ela é eficaz, ainda que não tenha ocorrido de fato o fenômeno da sua aplicação e obediência.

Definir a eficácia significa correlacionar condições técnicas e condições sociais de possibilidade com objetivos postos expressamente ou encobertos (ideologicamente). Assim, para identificarem-se as condições técnicas, levem-se em conta as noções de eficácia plena, contida e limitada (Cf. Jose Afonso da Silva, 1968). Para as condições sociais, devemos levar em conta as noções de eficácia global e parcial bem como as de desuso (uso) e de costume negativo (costume). Para a identificação dos objetivos, distinguimos o que chamaremos de funções eficaciais da norma, nomeadamente, a função de bloqueio, de programa e de resguardo. A correlação destes diversos termos nos permitirá distinguir graus de aplicabilidade.

Comecemos com as funções eficaciais, que serão examinadas tendo em vista a questão constitucional. Podemos agrupá-las em dois grupos, conforme se fala em interpretação de bloqueio ou em interpretação de legitimação. A função eficacial de bloqueio tem a ver com a forma típica do Estado de Direito. A norma posta com esta função visa, portanto, a impor limites a atividade normativa do Estado. O seu sucesso em termos de obediência diz respeito a uma abstenção ou a uma ação restrita de legislador ordinário, cujo parâmetro já está presumido como cabalmente delineado pela norma constitucional. Deve-se dizer, assim, que a competência do legislador é plenamente vinculada, ou seja, os interesses e objetivos protegidos e visados já estão, *ex tunc*,

plenamente articulados. Ao legislador cabe apenas reproduzir aquela articulação. A título de exemplo, pode-se dizer que as normas referentes à declaração dos direitos fundamentais têm, via de regra, uma função eficacial de bloqueio. A função eficacial de bloqueio exige que a norma possua cabalmente condições técnicas e sociais para produzir o efeito visado. Do lado das condições técnicas, deve-se dizer, portanto, que a norma possui eficácia plena (Cf. Jose Afonso da Silva, 1968), isto é, está dotada de todas as condições técnicas necessárias, bem como possui eficácia social global, isto é, parte-se de sua aceitação incondicionada no todo constitucional, postulando-se para ela o cabal descabimento da argüição de desuso ou de costume negativo. Em conseqüência, reconhece-se que tal norma tem o mais alto grau de aplicabilidade (aplicação imediata).

Mesmo nos quadros da forma típica do Estado de Direito, a interferência crescente da forma típica do Estado Social não pode ser ignorada. Assim é que se pode apontar a presença de normas que, não tendo estritamente uma função de bloqueio, não obstante prevêem a realização, pelo Estado, de certos objetivos que a Constituição revela fundamentalmente. Aqui, porém, o sucesso não tem necessariamente o sentido da obediência, mas pode estar ligado também e até mais usualmente ao encobrimento ideológico. De um lado, o constituinte vincula o Legislador ordinário a um interesse que se supõe já cabalmente articulado, e que é posto como fim, mas deixa-lhe uma margem de atuação no que se refere aos meios necessários à sua consecução. Ocorre, assim, a atribuição de uma competência legislativa de qualificação positivamente vinculada no sentido de que ao Legislador ordinário não cabe articular o fim proposto, mas cabe encontrar o meio com aquele solidário.

A função eficacial desta norma pode ser denominada de função de resguardo. À diferença da função de bloqueio, não se postula aqui a existência cabal quer das condições técnicas quer das condições sociais. As condições requeridas e postuladas como não existentes referem-se, porém, apenas aos meios, não aos fins objetivados. Por isso falamos, neste caso, de eficácia contida (Cf. Jose Alonso da Silva, 1968) e de eficácia social parcial, podendo-se aceitar que elas devam ser implementadas contra costumes negativos ou desusos eventualmente constatáveis. Nesta possibilidade, aliás, reside a chance de um encobrimento ideológico (sucesso mediante descumprimento: ver, por exemplo, a norma que define e confere direito ao salário mínimo).

Muitas das normas que compõem o rol dos direitos sociais têm uma função eficacial de resguardo. Em princípio, tais normas admitem uma aplicabilidade imediata, embora a competência legislativa positivamente vinculada no referente aos meios não possa ser esquecida. Assim, diante da impossibilidade de aplicação imediata, o próprio constituinte prevê o instrumento adequado à solidariedade postulada entre o fim já articulado e o meio que lhe é complementar: o mandado de injunção. Só assim se entende, sem contradição, o disposto no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal: "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação *imediata*" em relação disposto no artigo 5º, LXXI: "conceder-se-á mandado de injunção sempre que a *falta* de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes a nacionalidade, a soberania e a cidadania" (grifamos). Por essas razões, diríamos que tais normas têm um grau de aplicabilidade inferior, podendo-se falar aqui em aplicabilidade restrita.

Nos quadros da forma típica do Estado Social devemos falar por último em função eficacial de programa. Esta se refere a normas que impõem ao Estado prestações positivas que exigem uma atuação do legislador ordinário no sentido de orientar-se para a concretização de programas considerados politicamente desejáveis. A função eficacial de programa postula para certas normas constitucionais (chamadas programáticas) uma competência legislativa de qualificação negativamente vinculada. Isto é, o legislador goza de uma competência presumidamente legítima para ele próprio articular e qualificar o interesse público programado numa direção não

necessariamente solidária com os meios atualmente existentes. Como não se postula, nesse caso, uma solidariedade entre meios e fins, a responsabilidade legislativa pela emanação de normas capazes de dar concreção aos programas instituídos tem caráter condicional. Isto é, por mais imperiosos que sejam os fins estabelecidos na norma programática, o legislador se sente autorizado a aguardar o momento oportuno para sua ação legislativa. Ele não pode, é verdade, atuar no sentido oposto ao programa (vinculação negativa) mas não pode ser forçado a atuar em caso de omissão.

Do ângulo das condições técnicas devemos falar então em eficácia limitada (cf. José Afonso da Silva, 1968) e do lado das condições sociais, de uma eficácia parcial que, para ser realizada, está a mercê de transformações sociais, políticas, econômicas, culturais dependentes da própria evolução social, dentro da qual o Estado é um agente ao lado de outros.

Muitas das normas constitucionais que disciplinam o chamado Direito Econômico devem ser aqui mencionadas a titulo de exemplo. Por estas razões, tais normas têm um grau ainda menor de aplicabilidade. podendo-se falar, então, de aplicabilidade dependente. Por fim, em virtude deste grau de aplicabilidade, deve-se reconhecer que o sucesso das normas programáticas, mais do que nos casos da função de bloqueio e da função de programa, admite uma alta probabilidade de encobrimento ideológico, funcionando a norma muitas vezes na extensão da sua não concreção.

6. Conclusão

Em síntese, e resumindo em poucas palavras o que foi exposto, diríamos que o crescimento da forma típica do Estado Social no seio da forma típica do Estado de Direito fez surgir, ao lado da interpretação de bloqueio, o que se chamou de interpretação de legitimação. É também neste quadro que a questão da aplicabilidade recrudesce. Aplicabilidade tem a ver com eficácia, quer no sentido técnico, quer no sentido social. Para dar conta do entrelaçamento destas duas noções de eficácia, distinguimos entre três funções eficaciais: de bloqueio, de resguardo e de programa. Nessa distinção reside a possibilidade de se separar eficácia de efetividade, ao mesmo tempo em que ambas se correlacionam em termos de sucesso. Se a função é de bloqueio, postula o intérprete que o interesse qualificado já vem perfeitamente articulado na própria norma constitucional. Em conseqüência, deve-se atribuir à norma uma eficácia técnica plena e presumir-se uma acabada eficácia social em termos de uma aceitação global do estatuído. Daí resulta uma aplicabilidade imediata.

Se a função é de resguardo, postula o intérprete que o interesse, como fim posto, já vem perfeitamente articulado, mas não o correspondente meio. Deve-se falar, então, em competência legislativa de qualificação positivamente vinculada. Cabe ao intérprete apontar a solidariedade entre meios e fins, de tal sorte que, posto o fim, o meio deve obrigatoriamente ser encontrado. Uma eventual ineficácia social deve por isso ser suplementada, não podendo ser presumida para evitar a emanação da legislação requerida. A eficácia técnica é contida e, sendo necessária a norma regulamentadora, cabe mandado de injunção para o caso singular e argüição de inconstitucionalidade por omissão para o caso geral. Daí resulta uma aplicabilidade restrita.

Se a função, por fim, é de programa, postula o intérprete que cabe ao legislador articular, legitimamente, o interesse previsto (programaticamente) na norma constitucional. Não se postula, porém, solidariedade entre meios e fins. A competência legislativa de qualificação é negativamente vinculada. Cabe ao intérprete avaliar o juízo de oportunidade e da extensão do programa que incumbe ao legislador. A eficácia técnica, neste caso, é limitada. E a eficácia social depende da própria evolução das situações de fato. Daí resulta uma aplicabilidade dependente.

O Senado precisa ser retirado do controle difuso de constitucionalidade

Zeno Veloso*

Sumário: *1. Constituição do Brasil é rígida, dotada de supremacia..2.Sistemas de controle de constitucionalidade; controle difuso e controle concentrado; o modelo brasileiro. 3. Controle concentrado – noções gerais..4. Controle difuso..5. Eficácia da sentença no controle difuso..6. Papel do Senado Federal no controle difuso – crítica, sugestão.*

1. A Constituição do Brasil não é flexível, mas rígida. Não que seja imutável, intocável, eterna, que Constituição assim não existe e nem pode existir. É rígida porque carrega a pretensão de permanência e estabilidade, sem que por isso tenha de ser estática, intangível, mas deve se colocar em sintonia com a evolução social, com as aspirações do povo a que se dirige, adaptando-se, evoluindo. As emendas constitucionais são necessárias, para manter presente e vivo o ideário que inspirou a formulação da Carta Fundamental. Mas são desnecessárias – e abomináveis – as emendas constitucionais casuísticas, oportunistas, para atender aos desígnios dos chefes de plantão, e que desvirtuam, banalizam, desestruturam a Lei Fundamental. As palavras de advertência de Konrad Hesse (*A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, Trad. Gilmar Ferreira Mendes, 1991, p. 22) devem estar presentes no espírito de quem tem a responsabilidade de emendar a Lei Fundamental: "Igualmente perigosa para força normativa da Constituição afigura-se a tendência para a freqüente revisão constitucional sob a alegação de suposta e inarredável necessidade política. Cada reforma constitucional expressa a idéia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se maior valor às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente. Os precedentes aqui são, por isso, particularmente preocupantes. A freqüência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição". No ordenamento jurídico brasileiro multiplicam-se as emendas à Carta de 1988, até parecendo que há um deliberado intuito de desfazer o que foi feito, de destruir e apagar a obra do Constituinte originário. A pretexto de emendar, rever, atualizar, não se pode, deslealmente, promover a *ruptura* da Constituição, sobretudo quando a alteração desfigura a identidade da Lei Maior e sua vinculação com o Estado Democrático de Direito. Um autor da importância de José Afonso da Silva diz que sempre procurou adequar o seu livro às alterações do texto constitucional, mas, confessa, desalentado: "Devemos, no entanto, ponderar que a multiplicidade de Emendas agem retalhando a Constituição, com dificuldade para uma atualização impecável. Só após terminar esse processo de retalhação, chamado reforma constitucional, é que teremos a oportunidade de reelaborar o texto a fim de lhe dar coerência em face do que sobrar da Constituição" (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 23a ed., São Paulo: Malheiros, 2004, Informação Ao Leitor).

Rígida é a Constituição que só pode ser alterada por um procedimento especial, dificultado e solene, distinto do que é estabelecido para a elaboração das leis ordinárias. O Congresso Nacional – Câmara dos Deputados e Senado – representa um poder constituinte. Não o originário, obviamente, nem com a independência e ilimitação do originário, mas um poder constituinte de

* Professor de Direito Civil na Universidade Federal do Pará e na Universidade da Amazônia; professor de Direito Constitucional Aplicado nesta última; Doutor *honoris causa* da Universidade da Amazônia; Notório Saber pela Universidade Federal do Pará; Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

segundo grau, instituído, derivado, subordinado, de revisão ou reformador. Para que se possa fazer validamente uma emenda à Constituição, é necessário seguir-se, rigorosamente, o estatuído no art. 60 de nossa Carta, observando, particularmente, os limites impostos pelo § 4o do aludido artigo, que representam o núcleo duro e irreformável do Texto Magno, as chamadas cláusulas pétreas. A assertiva de que não há direito adquirido contra a Constituição só é verdadeira com relação à obra do poder constituinte originário, que é fundante, que inaugura a ordem jurídica; as emendas constitucionais, entretanto, feitas por um poder reformador, limitado, balizado, têm de respeitar o direito adquirido. Se isto não ocorrer, a emenda constitucional é perdidamente inconstitucional. É a Constituição, acrescente-se, que confere o fundamento de validade das leis e atos normativos que integram a ordem jurídica (*norma normarum*).

Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, ns. 142 e ss., pp. 300 e ss.), em páginas memoráveis, disserta sobre os limites ao poder de emendar a Constituição, enunciando que o traço de similitude das emendas constitucionais em relação à Constituição é o de que as disposições das emendas são hierarquicamente superiores às leis ou a qualquer produção normativa alocada em disposição subseqüente na pirâmide jurídica, pois se parificam nisto, integralmente, às disposições constitucionais, tanto que, se nelas validamente integradas, comporão o corpo da Lei Magna, "à moda de quaisquer outras ali residentes e no mesmo pé de igualdade com as demais". Já seu traço de dessemelhança visceral, diz o mestre, e que as faz qualitativamente distintas da produção constituinte, reside em que, ao contrário do fruto do labor constituinte, as emendas não são originárias, não são inaugurais em sentido absoluto, não são a fonte primeira da juridicidade, não são o primeiro e incontendível termo de referência de toda a ordem jurídica. Sofrem as limitações que lhes advêm da própria Constituição: "é porque a Constituição permite ser tocada, mexida, que as emendas constitucionais podem ser validamente produzidas". Considera o autor ser infeliz a terminologia "poder constituinte originário" e "poder constituinte derivado", por induzir a equívocos, provocando a suposição de que são poderes da mesma natureza, isto é, espécies de um mesmo gênero, o que não é verdade: "Deveras, todo poder constituinte é, por definição, originário. Assim, não há poder constituinte derivado, pois o que se rotula por tal nome é o poder de produzir emendas, com base em autorização constitucional e nos limites dela. Logo, coisa diversa da força inaugural e incontrastável, características indissociáveis do poder constituinte".

Por ser rígida, a Constituição está colocada no ápice do ordenamento jurídico, no topo da pirâmide, numa posição hierárquica superior, com relação às demais normas, sendo dotada, assim, de supremacia. A Constituição é soberana; a Lei das leis.

De nada adiantaria uma Constituição ser rígida e de as demais leis e atos normativos terem de se adequar a ela, obedecer aos seus princípios e fundamentos, se não houvesse um mecanismo para resguardar e manter essa hierarquia, para garantir a supremacia da Carta Magna. Esse mecanismo é o controle de constitucionalidade, e seu exercício pode ser feito de várias formas, sendo a principal e mais eficiente a jurisdicional.

2. O controle jurisdicional de constitucionalidade tem dois sistemas principais: o difuso e o concentrado.

O controle difuso, historicamente, tem origem nos Estados Unidos da América do Norte, em 1803, no famoso caso Marbury *versus* Madison, sentenciado pelo *Chief Justice* John Marshall. Os fundamentos desse *judicial control* não são encontrados, explicitamente, no texto da Constituição de 1787, mas foram revelados através de uma interpretação sistemática e teleológica da *Lex Mater* norte-americana, concluindo-se que nenhum ato legislativo contrário à mesma pode ser válido e, havendo discrepância entre a norma constitucional e a legal, deve ser preferida a Constituição,

estando autorizado qualquer juiz ou tribunal, como fiscal da constitucionalidade, a emitir um juízo de desvalor, diante de caso concreto.

O controle concentrado surgiu mais de um século depois, idealizado por Hans Kelsen, aparecendo na Constituição da Áustria, de 1o de outubro de 1920 (*Oktoberverfassung*), que seguiu as propostas e concepções do genial fundador da Escola de Viena. Essa Constituição foi a primeira, no mundo, a instituir uma Corte Constitucional. Enquanto, no sistema difuso, qualquer juiz ou tribunal tem acesso à questão de constitucionalidade, resolvendo o incidente que surge no curso de uma ação, deixando de aplicar a norma impugnada na relação jurídica sob exame, no controle concentrado, só os tribunais constitucionais podem julgar a questão de inconstitucionalidade, e se a controvérsia surge diante do juiz singular ou de um outro tribunal, o incidente tem de ser elevado para a Corte Constitucional, que é quem pode e vai decidir se a lei está conforme a Constituição, ou se a hostiliza, voltando o processo, depois disto, para o remetente, que proferirá a decisão final sobre a demanda, no bojo da qual surgiu a questão prejudicial da inconstitucionalidade. Em quase toda a Europa ocidental o controle concentrado triunfou. Além da Áustria – de onde se origina –, é utilizado na Alemanha, na Itália, na Espanha.

No Brasil – e fomos um dos pioneiros nisto, fato que não tem recebido o devido realce na doutrina –, coexistem – como em Portugal – o sistema difuso, concreto ou incidente e o sistema concentrado ou abstrato de controle jurisdicional de constitucionalidade; adotamos, portanto, um modelo misto ou eclético de controle, que, aliás, é complexo, completo, variado, e determinados autores – com alguma má-vontade – acham que é confuso.

3. O modelo concentrado de fiscalização da constitucionalidade foi introduzido no Brasil pela Emenda Constitucional (à Constituição de 1946!) no 16, em 1965, e, desde então, passaram a conviver, em nosso ordenamento, o sistema difuso (tradicional, clássico, adotado na Constituição de 1891) e o sistema concentrado, ou austríaco-kelseniano, o que se mantém, até hoje, embora, com o advento da Constituição de 1988, esse sistema recebeu grandes ampliações e transformações.

O controle concentrado se realiza, principalmente, por via da ação direta de inconstitucionalidade (ADIn), cuja fisionomia vem desenhada na Constituição Federal (art. 102, I, alíneas "a" e "p", e art. 103, *caput*, e §§ 1o e 3o) e seu processo e julgamento está descrito na Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. A impugnação da norma acusada de inconstitucionalidade é feita abstratamente, sem nenhuma vinculação com qualquer caso concreto.

Em síntese apertada, pois o tema não é o objeto principal deste artigo, e para efeito comparativo, falemos do controle concentrado. Os legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade, impulsionando o controle direto, em abstrato, ou concentrado, estão designados no art. 103, *caput*, da Constituição, e no art. 2o da Lei nº 9.868/99. A ADIn, contra lei ou ato normativo federal ou estadual, só pode ser manejada perante o Supremo Tribunal Federal – STF, a quem cabe processar e julgar, originariamente (vale dizer, exclusivamente, privativamente), esta ação. O Pretório Excelso, então, exerce o monopólio da jurisdição quando se trata de declarar, no controle concentrado, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (CF, art. 102, I, *a*).

Salvo no período de recesso, a medida cautelar (liminar) na ADIn será concedida pela maioria absoluta dos membros do Tribunal, observadas as regras dos arts. 10 a 12 da citada Lei no 9.868/99. A medida cautelar tem eficácia *erga omnes* (contra todos), será concedida com efeito *ex nunc* (prospectivo), salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa (*ex tunc*). Há, ainda, efeito repristinatório: a concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

A Constituição de Portugal, art. 282, 1, afirma que a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado, mas esse efeito repristinatório pode ser limitado pelo Tribunal Constitucional, o que os doutrinadores chamam de "cláusula de segurança" ou "válvula de escape" e, segundo Rui Medeiros (*A Decisão de Inconstitucionalidade*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, § 30o, p. 661), o art. 282 no 4 da Constituição portuguesa não só permite flexibilizar o efeito repristinatório, como também possibilita "o afastamento da repristinação com base em considerações que se prendem com a própria idoneidade ou adequação da norma repristinada ou com fundamento em ponderação sobre a razoabilidade da solução repristinatória".

Pode ocorrer, no entanto, de a norma anterior, que havia sido revogada pela lei inconstitucional, ser, por sua vez, inconstitucional, e, inclusive, afrontar a Carta Magna com mais virulência. Entendo, para prestigiar o dogma da supremacia da Constituição, em nome do postulado da segurança jurídica, para não falar em economia processual, que o STF pode – e deve – proclamar a inconstitucionalidade, se for o caso, de norma anterior, que havia sido revogada pela lei cuja inconstitucionalidade foi reconhecida; isto, se não preferir negar efeito repristinatório à legislação antiga pelo mais poderoso dos fundamentos, que é a inconstitucionalidade da mesma.

O princípio do pedido, neste caso, não deve ficar acima da necessidade de defender a Constituição, que sem essa proteção a Constituição acaba, e tudo o mais acaba. J. J. Gomes Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3a ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 909) enuncia que o princípio da congruência é bem conhecido da doutrina processual civil: entre a sentença proferida pelo tribunal e as pretensões deduzidas pelas partes existe uma relação de congruência que consiste fundamentalmente em o tribunal apreciar apenas o pedido, mas sem deixar de apreciar e resolver todo o pedido (correlação entre a pretensão e a decisão); advertindo o autor que este princípio, intimamente ligado ao princípio dispositivo, sofre algumas importantes correções em direito processual constitucional, enunciando: "Em todo o seu rigor, ele postularia a inadmissibilidade de apreciação jurisdicional relativamente a questões não debatidas e conseqüente exclusão de declaração de inconstitucionalidade de normas que não tivessem sido impugnadas no processo. Se isto é assim em processos de fiscalização concreta (e mesmo aqui há problemas), já o mesmo não acontece nos processos de fiscalização abstracta onde podem existir inconstitucionalidades conseqüenciais ou por arrastamento, justificadas pela conexão ou interdependência de certos preceitos com os preceitos especificamente impugnados", e até aqui adiro plenamente à lição do mestre lusitano, que, em seguida, apresenta uma restrição, da qual não compartilho, de que as chamadas inconstitucionalidades conseqüenciais ou por arrastamento apresentam um limite material inequívoco: "só podem admitir-se relativamente a preceitos contidos no acto normativo impugnado, não devendo alargar-se a preceitos situados fora do acto normativo sujeito a fiscalização jurisdicional".

Não se pode olvidar que a ação direta de inconstitucionalidade é um processo objetivo, em que se analisa a questão abstratamente. Apura-se a matéria em tese, verificando-se, basicamente, a controvérsia constitucional, ou seja, o antagonismo ou a pertinência, a desarmonia ou a adequação da lei ou do ato normativo federal ou estadual com a Lei Suprema. O que se quer garantir, preservar e resguardar é a ordem jurídica como um todo, fazendo triunfar o princípio capital que é o da supremacia da Constituição. Se o pedido menciona a lei "A", cuja inconstitucionalidade é flagrante, e vem a ser declarada, existindo no ordenamento, todavia, a lei "B", que se relaciona com a outra, e que, sozinha, ficará regulando a matéria, violando, do mesmo modo – e quiçá, de modo mais furioso – a Carta Magna, é óbvio que esta lei "B" tem de ser atacada e, "por arrastamento" ser declarada inconstitucional. Fora disto, é prestigiar o formalismo

do Direito Romano clássico e transformar o guardião-mor da Constituição em guardião de questiúnculas processuais.

Entretanto, numa posição a meu ver insustentável e que não consigo justificar por qualquer ângulo, o Supremo entendeu que, em ação direta de inconstitucionalidade, há necessidade de o autor formular pedidos sucessivos de declaração de inconstitucionalidade, tanto do diploma abrogatório quanto das normas por ele revogadas, desde que também eivadas do vício da ilegitimidade constitucional. Se houver ausência de impugnação, também, do diploma legislativo cuja eficácia restaurar-se-ia em função do efeito repristinatório, caracteriza-se hipótese de incognoscibilidade da ADIn (cf. STF, ADIn 2.215-PE-Medida Cautelar). Atente-se para os obstáculos quase intransponíveis, a dificuldade extrema que o autor terá de enfrentar, se a revogação feita pela lei inconstitucional não tiver sido expressa, mas tácita ou indireta, que, por sinal, não se presume: que preceitos legais – e logo num ordenamento, como o nosso, em que assistimos a uma verdadeira orgia legislativa! – tornaram-se incompatíveis com a lei que entrou em vigor, e, posteriormente, foi declarada inconstitucional? A lei nova terá regulado inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior? As questões de direito intertemporal, incluindo as relativas à revogação tácita, são extremamente delicadas, as mais penosas e aflitivas dentre as que o operador jurídico tem de vencer. Representam um tormento para o Judiciário, sem deslembrar que a antinomia normativa pode ser real ou aparente. Não é justo transferir para o jurisdicionado a verificação desta questão prévia, e enquanto o *imbròglio* não se desata, a lei inconstitucional continua vigendo, altaneira, a salvo de repulsa judicial, produzindo seus efeitos ilegítimos, debilitando a força normativa da Carta Magna.

Quanto à decisão final (que alguns chamam de mérito, o que deve ser evitado, pois a concessão de liminar decisão de mérito também é), na respectiva sessão, devem estar presentes, no mínimo, oito (8) dos onze (11) Ministros. Efetuado o julgamento, prevê o art. 23, *caput*, da Lei n° 9.868/99, que se aplica tanto à ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) quanto à ação declaratória de Constitucionalidade (ADC), proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis (6) Ministros, como requer, por sinal, o art. 97 da Constituição (princípio da reserva de plenário: "Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público"). A declaração de inconstitucionalidade – inclusive, as variantes: interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto – tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal (Lei n° 9.868/99, art. 28, parágrafo único; CF, art. 102, § 2º). O próprio Supremo Tribunal Federal não fica vinculado e pode rever no futuro a sua decisão; o Poder Legislativo, quando no exercício de sua atividade-fim, não fica adstrito à decisão e, portanto, pode voltar a regular o assunto e editar norma de idêntico conteúdo à da que foi declarada inconstitucional, não sendo cabível Reclamação perante o STF, mas é possível que se apresente nova ação direta de inconstitucionalidade.

Continua prevalecente no Brasil o entendimento de que a lei inconstitucional é nula, e a decisão que pronuncia essa inconstitucionalidade tem caráter declaratório e não constitutivo, atingindo *ab initio* a norma eivada do vício, que afronta e viola a Constituição desde que nasceu e não desde agora, daí a natural eficácia *ex tunc* (retroativa) da sentença de inconstitucionalidade. Sob a égide da Carta revogada, já era a doutrina exposta por José Celso de Mello Filho (*Constituição Federal Anotada*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1986, p. 344), afirmando que no controle por via de ação a decisão de inconstitucionalidade do STF faz coisa julgada, formal e material, vinculando os agentes estatais

aplicadores da lei ou do ato normativo, sendo a eficácia da decisão genérica e obrigatória, retroagindo em seus efeitos até o nascimento da norma impugnada. Como Ministro do Excelso Pretório, o autor não desertou de suas convicções, e, relator da ADIn no 652-MA (Questão de Ordem), consignou que o repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da Constituição: "Esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de menor grau de positividade jurídica guardem, necessariamente, relação de conformidade vertical com as regras inscritas na Carta Política, sob pena de ineficácia e de conseqüente inaplicabilidade. Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em conseqüência, de qualquer carga de eficácia jurídica" (RTJ, 146/461).

Depois de introduzida em nosso ordenamento, em 1965, a ação direta de inconstitucionalidade, e até o começo da década de 70, o Supremo Tribunal Federal comunicava ao Senado sua decisão, no controle abstrato, dando pela inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, para que este suspendesse a execução do preceito impugnado, tal como fazia em sede de controle incidental.

Em 1974, respondendo consulta formulada pelo Diretor-Geral da Secretaria do Supremo, o Ministro Rodrigues Alckmin enunciou que nos casos de ação direta, a função jurisdicional, apreciando a representação, estende-se à decretação da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em tese, não havendo motivo para a necessária intervenção do Senado, cabível somente quando, por ser a inconstitucionalidade reconhecida no julgamento de caso concreto, a decisão judicial não possa exercer seus efeitos fora da demanda em que proferida, e neste caso, sim, a manifestação do Senado Federal é indispensável para dar eficácia geral ao julgamento da inconstitucionalidade, além da espécie apreciada no julgamento (DJ de 16.05.1977, p. 3.124).

No ano de 1975, dando parecer em consulta formulada pelo Senado, o Ministro Moreira Alves concluiu que a comunicação ao Senado só se faz em se tratando de declaração de inconstitucionalidade incidente e, não, quando decorrente da ação direta, pois, tratando-se de declaração de inconstitucionalidade em tese, não há que se falar em suspensão, pois, passando em julgado o acórdão do STF, tem ele eficácia *erga omnes* e não há que se suspender lei ou ato normativo nulo com relação a todos (DJ de 16.05.1977, p. 3.123).

Consolidando-se este entendimento, o Presidente do STF, Ministro Thompson Flores, em 18 de junho de 1977, determinou que as comunicações ao Senado Federal, para os fins do art. 42, VII, da Constituição de 1967 (c/ a Emenda n. 1, de 1969) – que equivale ao art. 52, X, da Carta de 1988 – seriam apenas aquelas proferidas *incidenter tantum*, passando, então, o Excelso Pretório a deixar de comunicar, para efeito de suspensão de execução da norma impugnada, as declarações de inconstitucionalidade proferidas em ação direta, no controle abstrato de normas, justamente por entender que a decisão já tem efeito *erga omnes*.

De acordo com este posicionamento do Supremo, a Lei nº 9.868/99, art. 28, parágrafo único, edita que a declaração de inconstitucionalidade, tomada na ação direta (controle abstrato), tem eficácia contra todos e efeito vinculante, como acima referido. Alguns doutrinadores colocaram dúvida quanto à possibilidade constitucional de esse efeito vinculante ser conferido por meio de lei, uma vez que a Carta Magna silenciou a respeito. A questão ficou superada porque a omissão foi suprida pela Emenda Constitucional n.o 45/04 (Reforma do Judiciário), que deu nova redação ao art. 102, § 2°, da Constituição, para afirmar, expressamente, que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Mas, inspirado nas alternativas que apresentam o § 78 da Lei do *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal Alemão) e o art. 282, 4, da Constituição de Portugal (depois da Lei Constitucional de 1982), o art. 27 da Lei nº 9.868/99 prevê: "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado". Essa ponderação dos efeitos, essa limitação ou manipulação da declaração de inconstitucionalidade, considerando aqueles graves motivos e por qualificada maioria, é a grande novidade introduzida em nosso ordenamento pela Lei nº 9.868/99, tratando-se de matéria extremamente controvertida, que abriu profunda cisão entre os escritores, alguns deles opinando que o aludido dispositivo é perdidamente inconstitucional. E como estou fazendo apenas uma análise, a vôo de pássaro, do controle concentrado, abstenho-me, no momento, de dar meu parecer, que foi externado, porém, no livro que escrevi sobre o tema – *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade* (3a ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003). A análise que faz Jorge Miranda (*Manual de Direito Constitucional*. 3a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, t. II, n. 143, p. 500) a respeito do art. 282, 4, da Constituição de Portugal pode ser aproveitada para justificar o art. 27 da Lei nº 9.868/99: "A fixação dos efeitos da inconstitucionalidade destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar; destina-se a evitar que, para fugir a conseqüências demasiado gravosas da declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela ocorrência de inconstitucionalidade; é uma válvula de segurança da própria finalidade e da efectividade do sistema de fiscalização".

4. Iniciemos, então, o estudo do controle difuso, para chegar ao ponto principal desta abordagem, que é o papel que nele exerce, no direito brasileiro, o Senado Federal. É importante registrar, preliminarmente, a lição de Gilmar Ferreira Mendes (*Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 348), de que a Constituição de 1988 conferiu ênfase não mais ao sistema difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado, "uma vez que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal, mediante processo de controle abstrato de normas. A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, constituem elemento explicativo de tal tendência". E Mendes escreveu essas reflexões antes da edição da Lei nº 9.868/99, que expandiu, enormemente, as perspectivas do controle por via de ação direta! Mas não temos uma ação popular de inconstitucionalidade e o controle difuso não perde a sua grande importância e utilidade porque é um veículo para que o cidadão questione a validade de uma norma, alegue a desconformidade que ela apresenta com a Constituição. Não se pode deixar de apontar que os direitos fundamentais recebem através da jurisdição constitucional um meio eficaz de defesa e garantia.

Através do controle difuso, o cidadão tem acesso direto, fácil e rápido à Constituição. Luís Roberto Barroso (*O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2 a edição, São Paulo: Saraiva, 2007, p.77) expõe que, sem embargo da expansão do controle por via de ação direta, nos últimos anos, o controle incidental ainda é a única via acessível ao cidadão comum para a tutela de seus direitos subjetivos constitucionais.

O controle difuso (também chamado, com alguma impropriedade, por via de exceção) é um controle concreto, no curso de uma ação, por via incidental (*incidenter tantum*). A inconstitucionalidade surge como questão prévia, a ser dirimida. E pode ser suscitada pela parte, pelo Ministério Público e, até, pelo juiz, *ex officio*. Qualquer juiz – mesmo o de primeira instância

– e qualquer tribunal pode exercer esse controle, afastando a aplicação, no caso concreto, *sub judice*, da norma tida por inconstitucional. No Brasil, todos os tribunais e todos os juízes exercem a jurisdição constitucional, o que é uma característica do controle incidental, já adotado, entre nós, pela Constituição de 1891, como vimos, seguindo o modelo norte-americano e as concepções de Ruy Barbosa, que não foi só o autor principal, intelectual e espiritual, da Constituição de 24 de fevereiro de 1891, mas a presença do gênio estelar deste apóstolo do Direito encontramos nas Constituições de 1934, 1946 e, inclusive, na Carta vigente, de 1988.

5. A declaração de inconstitucionalidade afasta a incidência do preceito impugnado no caso, para o caso e entre as partes. Não há invalidação da lei, de modo geral, perante todos. A decisão não opera *erga omnes*. A lei, teoricamente, continua em vigor, não perde a sua força obrigatória com relação a terceiros, continua sendo aplicada a outros casos.

A argüição da inconstitucionalidade pode ser apresentada em qualquer processo, em qualquer grau de jurisdição. O próprio juiz, como foi enunciado, tem o poder-dever de suscitar a inconstitucionalidade. Porém, essa controvérsia a respeito da inconstitucionalidade só tem cabimento e pertinência, no controle difuso (justamente porque é difuso e não abstrato), se tiver conexão com o objeto da demanda, enfim, quando tal exame for imprescindível para o desate da questão principal.

Uma questão merece reflexão mais acurada, adverte Lenio Luiz Streck (*Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 367), e diz respeito ao fato de o controle difuso, muito embora vigente entre nós há mais de um século, ainda não ter alcançado a devida importância: "Ainda há, de fato, um excessivo apego à legislação infraconstitucional, que não é devidamente confrontada com a Constituição. Na prática, parcela expressiva da comunidade jurídica continua separando a legalidade da constitucionalidade, como se fosse possível separar a jurisdição ordinária da jurisdição constitucional". Como resultado, conclui o autor, tem-se aquilo que se pode denominar de "baixa" aplicação do controle difuso pelo juízo singular, secundado por um pequeno número de incidentes de constitucionalidade suscitados pelos órgãos fracionários dos tribunais.

O STF, que é o titular exclusivo da jurisdição no controle concentrado, atua, também, no controle difuso; na maioria das vezes, julgando recursos extraordinários, mas a questão de inconstitucionalidade, num caso concreto, pode surgir originariamente no Pretório Excelso, e nem por esta razão deixa de ser difuso o modo de controle.

Ainda que o Supremo decida, definitivamente, a questão de inconstitucionalidade, a eficácia do acórdão continua sendo *inter partes*, para o caso. A expansão da decisão, seu alargamento, sua projeção *erga omnes* vai depender de outra providência, a cargo do Senado, como veremos.

Nos sistemas jurídicos românicos, que não têm o *stare decisis*, o controle difuso apresenta o grave inconveniente de alguns juízes decidirem a questão prejudicial de inconstitucionalidade de modo diferente de outros, estabelecendo-se posicionamentos conflitantes (aqui, a lei não vale, é afastada a sua aplicação por inconstitucionalidade; ali, a mesma lei é válida, constitucional, aplica-se ao caso concreto). Isto gera, sem dúvida, insegurança, incerteza, perplexidade, acúmulo de casos, multiplicidade de demandas sobre a mesma questão jurídica, entulhando os tribunais, atrasando a prestação jurisdicional, abalando a confiança do cidadão na Justiça, o que é um mal gravíssimo. No Brasil, nem quando a causa é definitivamente decidida pelo Supremo, temos a solução final do problema, o esclarecimento total da questão, pois a decisão, mesmo a do Pretório Excelso, não se alarga, não se expande, e só tem efeito para a lide. Hans Kelsen, num estudo comparativo das Constituições austríaca e americana, observa que o fato de um órgão aplicador da lei declarar uma norma geral como inconstitucional e não aplicá-la num caso específico significa que o órgão está autorizado a invalidar a norma para aquele caso concreto; porém

apenas para ele, pois a norma geral enquanto tal – a lei, o decreto – continua válida e pode, portanto, ser aplicada em outros casos concretos, acentuando: "A desvantagem dessa solução consiste no fato de que os diferentes órgãos aplicadores da lei podem ter opiniões diferentes com respeito à constitucionalidade de uma lei e que, portanto, um órgão pode aplicar a lei por considerá-la constitucional, enquanto outro lhe negará aplicação com base na sua alegada inconstitucionalidade. A ausência de uma decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade de uma lei, ou seja, sobre a Constituição estar sendo violada ou não, é uma grande ameaça à autoridade da própria Constituição" (*Jurisdição Constitucional*, introdução e revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 303).

É preciso ressaltar, todavia, que no controle difuso de constitucionalidade, adotado nos Estados Unidos, o sistema convive com o *stare decisis*, o que diminui, sensivelmente, os ditos riscos, dificuldades e embaraços deste modelo. O *stare decisis* ("manter-se fiel às decisões") é instituto de origem inglesa, que prestigia a jurisprudência, os precedentes dos tribunais, princípio básico da *common law*, e, por ele, os juízes e órgãos judiciais inferiores devem sentenciar de acordo com as decisões dos tribunais superiores, especialmente da Corte Suprema.

Já sabemos que qualquer juiz – o juiz singular, na mais afastada ou humilde comarca do país – pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei – seja federal, estadual ou municipal –, afastando a sua aplicação no caso submetido a seu julgamento. Mas a controvérsia de inconstitucionalidade pode se apresentar num tribunal, e o Código de Processo Civil dedica ao assunto os arts. 480 a 482.

A inconstitucionalidade da lei ou de ato normativo do poder público, em julgamento nos tribunais, só pode ser declarada pela maioria absoluta de seus membros – ou dos membros do órgão especial, onde houver. Diz-se que maioria absoluta é "metade mais um dos membros", o que às vezes é verdade e às vezes não é, pelo que devemos preferir uma fórmula que abrange todos os casos – quando o número de juízes for par, ou ímpar-: maioria absoluta é o primeiro número inteiro superior à metade da totalidade dos membros que compõem o órgão.

O preceito é constitucional, adveio da Carta de 1934, art. 179, passando, exceto na Constituição de 1937, por todas as posteriores, estando consagrado no art. 97 da Constituição de 1988. É a regra do *full bench*, o princípio da reserva do plenário. A necessidade de um número expressivo de julgadores, para que seja feita a declaração de inconstitucionalidade, tem fundamento na presunção de constitucionalidade da lei e homenageia, também, a segurança jurídica.

Quando esse princípio da reserva do plenário foi introduzido em nosso ordenamento, alguns doutrinadores acharam que ele estava afirmando que, no controle difuso, só aos tribunais se conferia a prerrogativa de declarar a inconstitucionalidade da lei, afastando a sua aplicação ao caso concreto (cf. Vicente Chermont de Miranda, *Inconstitucionalidade e Incompetência do juiz singular*, *in* Revista Forense, 92/586). Mas firmou-se o entendimento de que a norma constitucional a respeito da matéria (na Constituição de 1988, o art. 97) não é regra de competência, mas, simplesmente, estabelece uma forma de julgamento. No controle difuso, o juiz singular está autorizado, igualmente, a pronunciar a inconstitucionalidade de lei, e esse poder é inerente ao exercício da função jurisdicional, como afirma Lúcio Bittencourt, no seu clássico livro (*O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis,* 2a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1968, atualizada por José de Aguiar Dias, pp. 36 e 46).

Os órgãos fracionários dos tribunais (salvo o órgão especial, que fracionário também é, mas exerce atribuições do plenário) não têm competência, em regra, por princípio, para deliberar a respeito do incidente de inconstitucionalidade. Se surgir a controvérsia a respeito da constitucionalidade num órgão colegiado, mas fracionário – turma, câmara, grupos de câmaras,

câmaras reunidas – ocorre cisão de competência do ponto de vista funcional. A matéria é elevada (catapultada, dizem alguns) para o plenário (ou para o órgão especial), a quem incumbe definir a questão de inconstitucionalidade. Dá-se o *per saltum*, para que se obedeça à regra do *full bench*. Solucionado o incidente de constitucionalidade, resolvida esta questão prejudicial, o processo é devolvido, e o órgão fracionário, à luz desta decisão, julga, depois, a matéria restante. Aproveitando a expressão de Pontes de Miranda (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, t. VI, p. 52): "Salta-se: há a decisão, e volta-se. Continua o julgamento".

Luís Roberto Barroso (*O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, cit, p. 85) enuncia que a câmara, turma, seção ou outro órgão fracionário do Tribunal não pode declarar a inconstitucionalidade, mas pode reconhecer a constitucionalidade da norma, hipótese na qual deverá prosseguir no julgamento, sem necessidade de encaminhar a questão constitucional ao plenário: "Tampouco está subordinada à reserva de plenário o reconhecimento de que uma lei anterior à Constituição está revogada por ser ela incompatível, questão que, na conformidade da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, resolve-se no plano intertemporal – a lei deixa de viger – e não no da validade da norma".

Diz o art. 480 do CPC que, argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo. Esta norma, como se depreende, está regulando o procedimento do incidente de inconstitucionalidade em órgão fracionário dos tribunais. O art. 481, *caput*, acrescenta: "Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno". José Carlos Barbosa Moreira (*Comentários ao Código de Processo Civil,* 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. V, nº 31, p. 40), sobre a deliberação do órgão fracionário, expõe: "Se a maioria dos votantes se manifestar contra a argüição, esta se haverá como rejeitada. Em semelhante hipótese, não é necessário levar a questão ao exame do plenário ou do órgão especial"; o art. 97 da Lei Maior só se aplica à declaração de inconstitucionalidade; para a da constitucionalidade, não há exigência específica de *quorum*, nem atribuição de competência a órgão algum". No caso de o órgão fracionário entender que a questão de inconstitucionalidade é admissível e procedente, sendo a controvérsia enviada ao plenário (ou órgão especial), o presidente remeterá cópia do acórdão a todos os juízes, designando a sessão de julgamento (CPC, art. 482).

O Tribunal (ou órgão especial) só poderá declarar a inconstitucionalidade se votarem, neste sentido, mais da metade de seus membros (CF, art. 97), e a decisão, como vimos, é remetida ao órgão fracionário que enviou a controvérsia para, enfim, julgar a questão, o caso concreto, uma vez que a prejudicial de inconstitucionalidade já foi superada, esclarecida, e o que assentou o Tribunal sobre a matéria terá de ser obedecido e seguido.

Como referido, se o órgão fracionário, emitindo um verdadeiro juízo de admissibilidade, acolher a alegação de inconstitucionalidade, por entender que a mesma é juridicamente plausível, lavrará o acórdão e submete a questão ao tribunal pleno ou ao órgão especial, onde houver, que decidirá.

A Lei nº 9.868/99 acrescentou três parágrafos ao art. 482 do CPC, com o objetivo de ampliar o número dos que participam da relação processual, facilitar, democratizar, tornar mais segura e transparente a deliberação sobre o incidente de inconstitucionalidade, e essa abertura, que dá um caráter pluralista ao processo, ocorre, também, no controle abstrato (arts. 7º, § 2º, e 9º, §§ 1º e 2º, da referida Lei nº 9.868/99).

Por ocasião do julgamento do incidente de inconstitucionalidade, o Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se, observados os prazos e condições fixados no Regimento

Interno do Tribunal. Do mesmo modo, os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição, vale dizer, os que têm legitimação ativa para propor a ação direta de inconstitucionalidade (ADIn), poderão manifestar-se por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos. Além desses, o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades (*amicus curiae*).

Este incidente de argüição de inconstitucionalidade interno aos tribunais – havido na relação entre órgãos fracionários e plenário de um mesmo tribunal –, observa José Levi Mello do Amaral Júnior (*Incidente de argüição de inconstitucionalidade*. São Paulo: RT, 2002, p. 52), guarda similitude com o incidente de inconstitucionalidade adotado em países europeus no concerto entre tribunal constitucional e juízos ordinários. "A relação processual que se instaura no interior dos órgãos colegiados pátrios aproxima-se, em alguma medida, da relação firmada entre órgãos jurisdicionais da estrutura institucional de alguns países europeus", e o autor dá como exemplo o modelo incidental italiano: surgindo uma questão constitucional incidentalmente a algum feito submetido a juízo ordinário, nesse país, o julgador tem duas opções: reconhecer a constitucionalidade da norma impugnada, prosseguindo, então, no julgamento do caso concreto, ou reconhecer a razoabilidade da impugnação, suspender o julgamento do caso concreto e remeter a questão constitucional para exame perante a Corte Constitucional. Aliás, o exemplo dado por José Levi pode ser estendido aos sistemas austríaco, alemão e espanhol, em que o controle de constitucionalidade concreto somente pode ser feito pela elevação da causa (*per saltum*) ao Tribunal Constitucional.

No sistema brasileiro, na prática, dada a necessidade dessa cisão funcional de competência, no seio dos tribunais, o que ocorria era uma aborrecida e desgastante repetição de matérias submetidas ao Plenário, ou ao órgão especial, com prejuízo para as partes e entravamento da prestação jurisdicional, que representa um dos mais graves problemas que enfrentamos, lembrando e adaptando o ditado antigo: "ou o Brasil acaba com a saúva, ou a saúva acaba com o Brasil". A busca de uma sentença definitiva impõe ao jurisdicionado, em nosso país, um autêntico calvário. Não raramente, o que tem fome e sede de justiça, é crucificado e morre, antes de ver chegar a hora da decisão.

Foi se cristalizando jurisprudência no STF de que a declaração de inconstitucionalidade por este emitida sobre uma norma, posto que incidente, sendo pressuposto necessário e suficiente a que o Senado lhe confira efeitos *erga omnes*, elide a presunção de sua constitucionalidade e, a partir daí, podem os órgãos parciais dos outros tribunais acolhê-la para fundar a decisão de casos concretos ulteriores, prescindindo de submeter a questão de constitucionalidade ao seu próprio plenário. Segue a mesma orientação o STJ. Esse entendimento, segundo Gilmar Ferreira Mendes (*Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, cit., p. 364), marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, ainda que de forma tímida, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto.

Passou-se a permitir, assim, que o órgão fracionário julgue de plano a questão, evitando o deslocamento previsto no art. 97 da Constituição. Sem dúvida, é uma exceção à regra do *full bench*.

Inspirada nesses precedentes, a Lei n° 9.756, de 17 de dezembro de 1998, regulando o processamento de recursos no âmbito dos tribunais, inseriu parágrafo único no art. 481 do CPC, com a redação seguinte:

> *Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.*

Por mais que se pretenda "tapar o sol com peneira", não se pode deixar de concluir que se trata de introdução de efeito vinculante, quanto ao tema, em nosso controle incidental. Veja-se o tom peremptório da norma acima transcrita: "os órgãos fracionários dos tribunais *não submeterão*..." A decisão anterior do plenário ou do órgão especial, pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo impõe-se ao órgão fracionário. *A fortiori*, se o Supremo Tribunal já tiver decidido sobre a matéria. E assim ocorrerá, ressalte-se, mesmo que o STF já tenha enviado a decisão para o Senado e este não tenha, ainda, promovido a suspensão da execução da lei (CF, art. 52, X). Em suma, o órgão fracionário, neste caso, deve resolver, logo, o incidente de inconstitucionalidade, obviamente, no sentido do que já foi apreciado e decidido pelo respectivo Plenário (ou órgão especial) ou pelo Excelso Pretório. Se não é o *stare decisis*, funciona como o *stare decisis*.

A decisão do Plenário (ou do órgão especial de tribunal) ou do STF, no controle difuso, sobre a inconstitucionalidade de lei, não tem, por si, efeito *erga omnes*, mas, por força do art. 481, parágrafo único, do CPC, funciona como *leading case*, que terá de ser seguido, não só na demanda em que foi suscitada a questão prejudicial de constitucionalidade, mas em todas as demais ações em que a mesma argüição de inconstitucionalidade for representada. E, no mínimo, é curiosa esta situação: uma declaração de inconstitucionalidade dos tribunais ou do STF, que não é dotada de efeito *erga omnes*, que faz coisa julgada apenas na lide em que foi suscitada, enquanto não agir e se manifestar o Senado, já se impõe, todavia, e deve ser obedecida pelos órgãos fracionários dos tribunais.

A decisão que proferir o STF em ação direta de inconstitucionalidade (controle abstrato, concentrado, em tese) tem eficácia imediata, genérica, *erga omnes*, sem necessidade de nenhuma providência ulterior, salvo, é claro, a publicação da parte dispositiva do acórdão. Além disso, é dotada de efeito vinculante (cf. art. 28 da Lei n° 9.868/99). Se se tratar de questão de inconstitucionalidade pelo controle difuso, suscitada num caso concreto, *incidenter tantum*, e que foi definitivamente decidida pelo STF, embora faça coisa julgada no caso, entre as partes, e, até, vincule os órgãos fracionários dos tribunais, quando a mesma questão se apresentar nos mesmos, sem que se proceda ao *per saltum* (art. 481, parágrafo único do CPC), o julgado não tem, ainda, eficácia *erga omnes*, a lei continua em vigor, podendo ser aplicada, pois é necessária, ainda, a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.

Pelo fato de a questão ter surgido num caso concreto – e considerando o mesmo –, exerce-se a jurisdição constitucional, emite-se um juízo de desvalor da norma impugnada, para preservar a supremacia da Constituição, promovendo-se a defesa, a proteção da Carta Magna. Porém, além daquela lide que foi objeto da relação processual, para todas as demais hipóteses em que a lei violadora da *lex fundamentalis* vem sendo francamente aplicada e produzindo efeitos inconstitucionais, como a eles não se estende a decisão do Excelso Pretório, a Constituição – com relação a esses outros casos – é esquecida, desprotegida, sendo aberta e impunemente descumprida, violada, a não ser que se renove a questão, que se apresente nova demanda (ou novas demandas, uma quantidade colossal de ações), repetindo-se os argumentos, os mesmos fundamentos já referidos na questão prejudicial que deu origem à declaração de inconstitucionalidade na respectiva lide, tudo numa agressão à economia processual, à segurança jurídica. Quem lucra com isso? Será que é assim que deve ser? . . .

É preciso acentuar e chamar bem a atenção para uma circunstância que, às vezes, não é percebida: no controle difuso, a questão de inconstitucionalidade surge num caso concreto, dada a possibilidade de a lei impugnada vir a ser aplicada no mesmo, mas o juízo de parametricidade, a checagem da conformidade, a análise sobre a pertinência ou não da norma com a Lei Maior faz-se independentemente do caso concreto. É só para o caso em que surgiu o questionamento que

a decisão vai ser aplicada, o que não significa, obviamente, que a lei é inconstitucional somente naquele caso, ou em função ou por causa dele. Neste aspecto, a decisão de inconstitucionalidade é, também, em tese, e, apenas, vai repercutir na lide em que foi suscitada. A atividade mental, o esforço interpretativo, a verificação da compatibilidade vertical, enfim, o convencimento do julgador é o mesmo, seja o juiz monocrático, os juízes dos tribunais ou os Ministros do Supremo Tribunal, quando estes decidem a argüição de inconstitucionalidade no controle abstrato.

Há uma tendência de aproximar o controle difuso e o controle concentrado, até pela consideração de que ambos se inspiram nos mesmos motivos e perseguem objetivos idênticos, estando na base dos dois o princípio da supremacia da Constituição; tanto um como o outro, o que mais pretendem é expulsar do ordenamento jurídico as normas que conflitam com a Carta Magna. A distinção quanto aos efeitos das respectivas decisões, na prática, é coisa ultrapassada.

6. Afirma o art. 52, X, da Constituição que compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por declaração definitiva do Supremo Tribunal Federal.

A natureza deste ato do Senado, o conteúdo e eficácia dele divide opiniões, tem sido objeto de viva controvérsia, que, até o momento, não está pacificada e resolvida.

Não tem o Senado, nesta matéria, posição passiva e amorfa, para, apenas, dar publicidade à decisão do Pretório Excelso, e nem tem poder discricionário, entrando no mérito da questão, emitindo novo juízo sobre a inconstitucionalidade. Não se pode admitir que a Câmara Alta, Casa do Poder Legislativo, fazendo uma consideração eminentemente política, sobreponha-se a uma verificação jurídica (e também política) de quem é o guardião-mor da Carta Magna – o STF. Quanto a esta expressão, "guarda da Constituição", constante no art. 102 da Carta Magna, ela é inspirada no livro de Carl Schmit, Der Hüter der Verfassung – que quer dizer o guardião, o defensor da Constituição –, escrito em 1931, quando já se prenunciava a grave crise da República de Weimar, afinal destruída sob o reinado de Hitler. Para Schmitt, um crítico feroz do Estado Liberal de Direito, nenhum tribunal judicial pode ser o guardião da Constituição, papel que devia ser destinado ao Chefe de Estado, ao Presidente do Reich, ao Führer. Hans Kelsen, em 1931, publica a obra denominada Wer soll der Hüter der Verfassung sein? (Quem deve ser o defensor da Constituição?), em que combate as idéias schmittianas, apontando que ninguém pode ser juiz em sua própria causa e reafirma as suas propostas, já vigorando na Constituição austríaca, de 1920, de que o controle da Constituição deve ser jurisdicional, feito por um tribunal independente, especializado. O guardião da Constituição, não o único, mas o principal, tinha de ser o Tribunal Constitucional. Considerando o contexto histórico alemão, Kelsen se preocupou em defender a Constituição contra o "guardião" proposto por Schmitt.

A meu ver, diante da legislação em vigor, *de jure constituto*, a atribuição conferida ao Senado é significativa, obedece a critérios de oportunidade e conveniência, mas seu conteúdo é meramente formal, examinando se ocorreram os pressupostos constitucionais para a declaração de inconstitucionalidade. E não há prazo marcado para que ele se manifeste e nem sanção alguma se não se manifestar. Embora seja esta a doutrina dominante, abraçada, inclusive, em decisões do STF, registre-se a opinião do douto Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Curso de Direito Constitucional*. 27a ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 42) de que a suspensão prevista no art. 52, X, da CF não é posta ao critério do Senado, mas lhe é imposta como obrigatória: "Quer dizer, o Senado, à vista da decisão do Supremo Tribunal Federal, tem de efetuar a suspensão da execução do ato inconstitucional. Do contrário, o Senado teria o poder de convalidar ato inconstitucional, mantendo-o eficaz, o que repugna ao nosso sistema jurídico".

O Senado deve suspender a execução, no todo ou parte, da lei declarada inconstitucional – e a lei pode ser federal, estadual, distrital e municipal –, conforme tenha sido a decisão do STF. Não

está autorizado a suspender a execução de parte da lei, se toda ela foi julgada inconstitucional, nem pode suspender a execução de toda a lei, cuja inconstitucionalidade somente em parte foi declarada. A atuação senatorial deve ser balizada pela extensão da decisão que foi proferida; não pode ampliar, nem restringir.

Muitos autores defendem que a resolução do Senado, suspendendo a eficácia da lei (ou do ato normativo) que tenha sido declarada inconstitucional, no controle difuso, pelo Supremo Tribunal, tem efeito *ex nunc*, semelhante à da revogação, produzindo conseqüência, portanto, após a publicação do ato senatorial, não prejudicando situações jurídicas constituídas anteriormente, com base na lei (ou no ato normativo) julgado inconstitucional.

Mantenho o entendimento de que a suspensão da eficácia da norma impugnada tem eficácia *ex tunc*. Nem haveria bom senso ou lógica para conferir efeito *ex tunc*, no controle concentrado, e efeito *ex nunc* no controle difuso, só porque um modelo é diferente do outro, como se ambos não integrassem a jurisdição constitucional, devendo ser considerado, ademais, que, no controle incidental, a filtragem por que passou a lei ou ato normativo foi bem mais demorada, minuciosa, saliente, envolvendo um número muito maior de operadores do Direito, percorrendo todas as instâncias, na maioria dos casos.

A revogação da lei, todos sabem, tem efeito *ex nunc*, a cessação da vigência da norma ocorre daí em diante, sem voltar-se para o passado, sem atingir situações legitimamente constituídas no tempo em que vigeu a lei revogada. Se a suspensão da eficácia da lei, por aplicação do art. 52, X, da CF tivesse efeito apenas paralisante, prospectivo, equivaleria à revogação, e nem teria competência o Senado para, sozinho, promovê-la. O art. 2o da Lei de Introdução ao Código Civil proclama o princípio de que, não tendo vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. A cessação da obrigatoriedade da lei dá-se pela força revocatória (expressa ou tácita) de outra lei. A revogação da lei, portanto, só pode ser feita pelos que receberam constitucionalmente competência para elaborar a lei, aos que têm atribuição de legislar, o que, em nosso país, exige a participação de ambas as Casas do Congresso Nacional e a sanção do Presidente da República.

Se a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, no controle difuso, tivesse o mesmo efeito da revogação da lei inconstitucional, o sistema estaria dando menos proteção à Constituição Federal do que às pessoas que realizam negócios jurídicos. Os interesses privados ficariam mais amparados ou resguardados do que o próprio princípio da supremacia da Carta Magna, porque, se o negócio jurídico é invalidado, diz o art. 182 do Código Civil, restituir-se-ão as partes ao estado em quem antes dele se achavam. Como disse no livro *Invalidade do Negócio Jurídico* (Belo Horizonte: Del Rey, 2002, no 68, p. 288), tanto a sentença de nulidade quanto a que anula o negócio têm eficácia retrooperante (*ex tunc*), restaurando o estado anterior. Desfazem-se as obrigações e os direitos fundados no negócio anulado; as partes restituem-se, mútua e reciprocamente. Tudo se passa, afinal, como se o negócio invalidado jamais tivesse existido. Depois de anulado, o negócio anulável assemelha-se ao nulo, quanto aos efeitos.

Tomara que os "adoradores do Direito Público", os que ainda acham que as doutrinas do Direito Privado não podem ser aplicadas (com as devidas ressalvas e temperamentos, é óbvio) ao Direito Público (e vice-versa), não me venham acusar de estar tentando introduzir soluções civilísticas em matéria constitucional. Além de rejeitar esse maniqueísmo, que tantos danos e atrasos causa, alerto que a similitude das situações admite as mesmas conseqüências. A lei inconstitucional é nula, nula de pleno direito, e, como efeito de toda nulidade, nula desde que ingressou no mundo jurídico, nula *ab origine*, *ex tunc*; e não sou eu quem está afirmando, mas o que dizem os mais renomados jurisconsultos brasileiros, e cito, por todos, o inexcedível Ruy Barbosa (*Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo*. Rio de Janeiro: Companhia

Impressora, 1893, p. 47): "Toda medida legislativa, ou executiva, que desrespeitar preceitos constitucionais, é, de sua essência, nula".

Vale repisar que, seja qual for o tipo de controle jurisdicional, a declaração de inconstitucionalidade não fere de morte a norma; proclama que ela é natimorta, que é nula, e o que é nulo não o é a partir de agora, mas é nulo desde que ingressou no mundo jurídico, *ab initio*, portanto, sobretudo quando a razão da invalidade capital é a violação à Carta Magna. O que se convencionou chamar de suspensão da execução de lei declarada inconstitucional é a retirada, a expulsão do ordenamento jurídico, pelo mais grave e alarmante dos vícios, não podendo esta providência deixar de ter efeito retroativo, pelo menos, em regra, e admito, *de lege ferenda*, que se estenda ao controle difuso a solução do art. 27 da Lei nº 9.868/99, ou seja, ao julgar definitivamente o incidente de inconstitucionalidade, o STF poderá limitar os efeitos da decisão, ponderando as conseqüências do acórdão, observando o princípio da proporcionalidade, eliminando fatores de incerteza e insegurança. Para tal, invoco a prática norte-americana da *prospective overruling*, utilizada no caso em que é introduzida uma modificação na jurisprudência, e a *Supreme Court* tem limitado os efeitos da decisão de inconstitucionalidade no caso concreto, afirmando que ela só tem efeito para o futuro. Aponte-se que o nosso Supremo Tribunal Federal, em mais de um caso, já aplicou o art. 27 da Lei n°. 9.868/99 no controle difuso de inconstitucionalidade (RE 197.917; Rcl. 2.391; ADIn 3.022).

A respeito da ordem constitucional portuguesa, Carlos Blanco de Moraes (*Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, t. II, p. 281) enuncia que as sentenças manipulativas são as que têm como objetivo principal restringir temporalmente, na totalidade ou em parte, os seus efeitos sancionatórios com caráter retroativo, de modo a preservar situações jurídicas constituídas no decurso da vigência da norma inconstitucional: "A prática jurisprudencial revela que a segurança jurídica tem constituído o pressuposto mais convocado pelo Tribunal Constitucional para restringir os efeitos absolutos das suas declarações de inconstitucionalidade e para imunizar do regime da nulidade situações jurídicas passadas merecedoras de consolidação".

Nem precisava advertir que essa atuação construtiva do tribunal constitucional, ou, como diz Canotilho, a "possibilidade de exercer poderes tendencialmente normativos", restringindo, modificando, limitando os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, deve ser exercida com extrema cautela, e no espaço europeu têm sido denunciados e criticados pela doutrina de ponta alguns exageros na manipulação dessas sentenças. Nosso Supremo Tribunal é um órgão controlador de normas, funcionando, na concepção kelseniana, como legislador negativo; não é, pois, um produtor de normas. Ao exercer a sua função de intérprete máximo e maior protetor da Constituição, não pode deixar de obedecer a certos balizamentos. A politização da Justiça é um mal terrível, e não pode haver pior ditadura do que a ditadura de juízes.

Enfim, não consigo entender a razão pela qual o mesmo vício, a incompatibilidade vertical de normas, a afronta ao princípio da supremacia da Constituição, possa ter efeitos diversos conforme o meio processual utilizado para atacar a lei ou ato normativo, como se a natureza da inconstitucionalidade não fosse a mesma, sem olvidar que pode haver situações em que a norma impugnada pela via do controle incidental pratica uma agressão muito mais violenta, deletéria e alarmante à Carta Magna, do que o conflito hierárquico que se verifica em outra norma, atacada no controle concentrado. Será razoável e prático o raciocínio de que o veneno da norma inconstitucional seja tido como mais ou menos peçonhento e letal, mereça um ataque mais ou menos profundo, expedito e eficiente, dependendo do tipo, da marca ou da origem do antídoto utilizado para combatê-lo, e salvar o organismo da degeneração e do aviltamento?

Cabe acentuar, também, que o Senado, após expedir a resolução suspensiva, dando eficácia *erga omnes* à decisão definitiva do STF, não pode deliberar em sentido contrário, cassando a

resolução ou alterando o seu conteúdo, como que ressuscitando a regra impugnada, o que representaria, por sinal, atentado grave à segurança jurídica. Exaure-se a sua competência com a edição da resolução, que, portanto, é imutável, irrevogável, e merece ser transcrita a lição de Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1967 – com a Emenda no 1 de 1969*. 2a ed., São Paulo: RT, 1973, t. III, p. 89), ainda atual e pertinente: "Suspensa a lei, não mais pode o Supremo Tribunal Federal, ou qualquer tribunal, ou juízo, aplicá-la: não é eficaz; portanto, não incide. Se nova lei se faz e o Supremo Tribunal Federal não na tem como contrária à Constituição, é essa lei – e não a outra, a que sofreu a suspensão – que se aplica. Não há suspensão de suspensão, se bem que, ao primeiro exame, nos tivesse parecido admissível a volta atrás do Supremo Tribunal Federal e do Senado Federal".

Em meu livro *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade* (cit., n. 59, p. 63), já defini que não há razão para manter em nosso Direito Constitucional legislado a norma do art. 52, X, da Constituição Federal, originária da Carta de 1934, quando só havia o controle incidental, e o princípio da separação dos poderes se baseava em critérios ultrapassados, ancorados numa velha e rígida concepção oitocentista.

Em Portugal, como no Brasil, convivem os sistemas de controle jurisdicional de constitucionalidade abstrato e concreto. No controle abstrato, a declaração de inconstitucionalidade, emitida pelo Tribunal Constitucional, tem força obrigatória geral e opera retroativamente (*ex tunc*). No controle concreto, a declaração de inconstitucionalidade, proferida pelo Tribunal Constitucional, tem eficácia *inter partes*. Verificou-se, porém, que havia o risco de se multiplicarem ao infinito as decisões do Tribunal Constitucional, daí estar previsto, no direito português, quando já tenha havido um certo número de decisões concretas de inconstitucionalidade, que seja aberta a possibilidade de ser generalizado o efeito da declaração de inconstitucionalidade, no controle difuso. O art. 281.3 da Constituição de Portugal prevê: "O Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos". A Lei do Tribunal Constitucional regula este caso no art. 82. Jorge Miranda (*Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, t. VI, no 76, p. 248) observa que ocorre, então, a passagem da fiscalização concreta à fiscalização abstrata, tendo a Constituição lançado uma ponte, mediante a possibilidade (em determinados termos) de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral (como dizemos aqui: com eficácia *erga omnes*), quando tenha havido certo número de decisões concretas nesse sentido, e o mestre chama a atenção para a circunstância de que os três casos concretos tanto podem ter sido decididos em instância de recurso como em incidente suscitado no próprio Tribunal, ao abrigo do art. 204 da Constituição, que diz: "Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados".

No Brasil, uma reforma é necessária, insisto, para que se estabeleça, de uma vez por todas, que as decisões do Supremo Tribunal Federal, no controle de constitucionalidade, por qualquer de suas vias, sejam finais e definitivas, tenham eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, admitindo-se a possibilidade de o Excelso Pretório promover a flexibilização ou modulação da eficácia geral ou do efeito temporal das decisões de inconstitucionalidade, com moderação e ponderação, é claro, levando em conta relevantes interesses sociais e as circunstâncias, até para evitar o mal maior, uma situação jurídica insuportável, que imponha o caos, a insegurança.

Causa estranheza que um órgão eminentemente político, do Poder Legislativo, integre o processo jurisdicional de controle de constitucionalidade das leis, e logo para expandir, conferir efeito *erga omnes* a uma decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Por causa desta

vinculação entre o Excelso Pretório e o Senado – o STF declara a inconstitucionalidade; o Senado suspende a execução da lei – pode-se dizer que este, além de suas múltiplas e graves atribuições, integra uma Corte Constitucional que não foi assim denominada, mas, de fato, existe. Não conheço situação semelhante em país algum. A ingerência do Legislativo no controle jurisdicional de constitucionalidade é anômala, anormal, descabida. Afinal, uma excrescência.

No controle abstrato de normas, o STF pode conceder a medida cautelar, antecipando a prestação jurisdicional, dotada de eficácia contra todos e com efeito *ex nunc*, e o Tribunal, inclusive, pode dar efeito *ex tunc* à liminar (Lei nº 9.868/99, art. 11, § 1o), observando Gilmar Ferreira Mendes (*Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, cit., p. 376) que se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as partes? O autor conclui: "A única resposta plausível indica que o instituto da suspensão pelo Senado de execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica". Ao considerar procedente a ADIn, dando a decisão final, esta tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, e o mesmo acontece nos casos de interpretação conforme a Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*) e de declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto (Lei nº 9.868/99, art. 28, parágrafo único). Diante dessas soluções, há alguma razão, algum motivo para que no controle difuso (que é controle, tanto quanto o outro tipo), uma decisão definitiva do STF pela inconstitucionalidade de uma lei só tenha eficácia geral se assim o decidir o Senado Federal? Tem sentido isto; há lógica nisto?

Mesmo no controle incidental, o Excelso Pretório pode preferir não emitir um juízo de inconstitucionalidade, *tout court*, mas utilizar outras variantes, outras técnicas de decisão, e declarar a inconstitucionalidade parcial da norma, sem redução do texto, ou estabelecer uma interpretação conforme a Constituição. Não há, nestes casos, declaração de inconstitucionalidade, em sentido estrito. Por outro lado, o STF, ainda no controle incidental ou difuso, vem admitindo que a declaração de inconstitucionalidade, considerando o caso concreto, tenha efeito *ex nunc* (cf. RE no 197.917, Relator Ministro Maurício Correa). Que justificação haverá para comunicar ao Senado tais decisões, se não se trata, como prevê o art. 52, X, da CF de "suspender a execução", cassar a eficácia de lei declarada inconstitucional?...

Saindo um pouco das considerações puramente teóricas, acadêmicas, e deitando os olhos na realidade social, política e jurídica, o quadro que se apresenta, no que tange ao tema abordado, é, no mínimo, desolador. Lamentavelmente, o próprio Senado não tem dado a importância que devia merecer a competência a ele atribuída para suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal.

No livro *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade* (cit. n. 61, p. 59) apresentei o levantamento feito no banco de dados da Consultoria Legislativa do Senado Federal, em que foi verificado que, até o dia 28 de outubro de 1997, estavam pendentes 69 processos remetidos pelo STF, para efeito de suspensão de normas declaradas inconstitucionais, alguns da década de 70 do século passado, outros da década de 80, e os restantes, mais recentes. O campeão de longevidade, aguardando pronunciamento há mais de 25 anos (!), era o referente ao RE 60.302, que tinha por objeto a Lei nº 8.478/64, de São Paulo, comunicado ao Senado em 26 de maio de 1970. Lenio Luiz Streck atualizou este levantamento, a partir das bases de dados MATE e NJUR do Senado, verificando que estavam em tramitação 51 processos aguardando o devido andamento, para suspender a execução das leis (federais, estaduais e municipais). Tais questões, segundo o autor, suscitam profundas reflexões: "De pronto, cabe observar que a não suspensão pelo Senado da lei declarada inconstitucional acarreta seriíssimos problemas no sistema, na medida em que citadas

leis podem, e continuam a ser aplicadas, pelos demais tribunais, acarretando mais e mais Recursos Extraordinários, que vão entulhando as prateleiras do Supremo Tribunal Federal" (*Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, cit., p. 379). Verifiquei que em 18 de novembro de 2004 estavam pendentes na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal 129 processos, enviados pelo STF, para efeito de suspensão da execução de leis que o Excelso Pretório, por decisão definitiva, declarou inconstitucionais. Fui em busca de informações mais recentes, pesquisei via *internet,* e constatei que no dia 18 de setembro de 2007, na aludida Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, existiam 89 ofícios enviados pelo STF, com vistas à suspensão da execução de leis declaradas inconstitucionais; os dois ofícios mais antigos datam de 21.08.62 e 14.03.83 e os dois ofícios mais recentes datam de 03.09.07 e 06.09.07.

Ratifico e reitero meu parecer, emitido desde a 1a ed. do livro *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade* (cit., n. 59, p. 63), de que a participação do Senado neste processo complica, retarda, burocratiza nosso controle difuso de constitucionalidade. Nada justifica, nada, que essa formalidade seja mantida em nosso ordenamento, e esta não é só dispensável, mas a sua dispensa é urgente, necessária, acarretará simplificações e enormes vantagens.

Sabemos que a fonte do art. 52, X, da Carta de 1988 se encontra na Constituição de 1934, cujo art. 90 indicava as atribuições privativas do Senado Federal, e no inciso IV previa: "suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário".

A Constituição de 1934 modificou substancialmente a natureza e competência do Senado com relação à Carta de 1891, e ele deixou de ser um órgão do Poder Legislativo, exercendo, principalmente, a função de coordenação dos poderes federais. No art. 22, a Constituição de 1934 afirmava que o Poder Legislativo é exercido pela Câmara dos Deputados, com a colaboração do Senado Federal. No art. 88, dizia que ao Senado Federal incumbe promover a coordenação dos poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura das leis e praticar atos de sua competência.

Recorde-se que não tínhamos, naquela época, em nossa jurisdição constitucional o controle concentrado, *in abstracto*, via ação direta, o que somente foi introduzido em 1965. O controle de constitucionalidade, então existente, era o difuso, as decisões nele tomadas não tinham efeito *erga omnes*, e aqui um ponto fundamental da diferença entre o nosso sistema e o da *common law*, em que existe o respeito ao precedente, o *stare decisis*.

Foi a Constituição de 1934 que procurou resolver esta questão, esta deficiência do controle incidental – já denunciada por Hans Kelsen –, com vistas a dar expansão à declaração de inconstitucionalidade. E nada mais lógico e curial, no sistema de 1934, do que dar a competência privativa para suspender a execução de normas declaradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário, ao Senado Federal, um órgão que não fazia parte de nenhum dos três Poderes, mas ao qual foi conferida a função de coordenação entre eles, algo como um Poder Moderador da Constituição Imperial.

Para não falar na Constituição de 1937, a respeito da qual não se deve perder tempo, até porque a "polaca" foi uma Carta apenas nominal, jamais vigorou, efetivamente, e a própria ditadura tratou de mantê-la no limbo, as Constituições que se seguiram não observaram o modelo da de 1934, no que pertine ao Senado, voltando este a ser composto de representantes dos Estados (e do Distrito Federal), integrante do Poder Legislativo (v. arts. 44 e 46 da Constituição de 1988).

Em suma, o Senado de 1891, de 1946, de 1967, de 1969 e de 1988 não é o Senado da Constituição de 1934. Entretanto, Constituições posteriores a 1934 – exceto a de 1937 – continuaram a conferir ao Senado (que, segundo elas mesmas, é um órgão do Poder Legislativo)

a atribuição de suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, envolvendo a Câmara Alta no processo jurisdicional de controle de constitucionalidade, tornando-a, por esta atuação conjugada com o Excelso Pretório, uma Corte Constitucional.

Sem perceber que não era mais um órgão de coordenação entre os Poderes, os constituintes pós-1934, ao conferirem ao Senado aquela competência privativa, que, atualmente, é prevista no art. 52, X, da Constituição em vigor, incorreram, *data venia*, num desvio de perspectiva, num erro histórico, num equívoco formidável.

Após uma longa e penosa tramitação, que durou treze anos (parece incrível!), o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional nº 45, publicada no DOU de 31/12/2004 – Reforma do Poder Judiciário. Esta emenda introduziu em nossa Carta Magna o art. 103-A, prevendo que o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (cf. André Ramos Tavares, *Nova Lei da Súmula Vinculante – Estudos e Comentários à Lei*: 11.417, de 19.12.2006. São Paulo: Editora Método, 2007).

Pelo exposto, se, no controle difuso de normas, o STF proclamar a inconstitucionalidade de uma lei, e o fato se amolda ao previsto no art. 103-A, aprovando-se súmula devidamente publicada na imprensa oficial, o julgado, no caso, terá efeito vinculante, não havendo mais necessidade ou qualquer efeito prático na remessa da decisão para o Senado Federal para que este suspenda a execução da lei impugnada. Dado o efeito vinculante referido no art. 103-A, a lei cuja inconstitucionalidade foi reconhecida já não pode mais ser aplicada, como ocorreria se se tratasse de declaração de inconstitucionalidade em ação direta, conforme o previsto no art. 102, § 2º, da C.F. e no art. 28 da Lei nº 9.868/99. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, em livro recentemente publicado - *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva/IDP, 2007, p.1037 -, que apresenta uma lição sugestivamente chamada "A suspensão de execução da lei pelo Senado e mutação constitucional", ressaltam que a adoção da súmula vinculante reforça a idéia de superação do art. 52, X, da CF, na medida em que permite aferir a inconstitucionalidade de determinada orientação pelo próprio Tribunal sem qualquer interferência do Senado Federal. Os autores ponderam: "Não resta dúvida de que a adoção de súmula vinculante em situação que envolva a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo enfraquecerá ainda mais o já debilitado instituto da suspensão de execução pelo Senado. É que essa súmula conferirá interpretação vinculante à decisão que declara a inconstitucionalidade sem que a lei declarada inconstitucional tenha sido eliminada formalmente do ordenamento jurídico (falta de eficácia geral da decisão declaratória de inconstitucionalidade). Tem-se efeito vinculante da súmula, que obrigará a Administração a não mais aplicar a lei objeto da declaração de inconstitucionalidade (nem a orientação que dela se dessume), sem eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade".

Em julho de 2003, a convite do Instituto Pimenta Bueno, liderado pelo eminente constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho, e da Universidade de Lisboa, através do mestre Jorge Miranda, integrei o grupo de professores brasileiros e europeus que ministrou o "Curso de Verão" na Faculdade de Direito de Lisboa. O tema que me foi conferido e sobre o qual dissertei chamou-se: "O papel do Senado no controle difuso de constitucionalidade brasileiro", e, naquela ocasião, externei as opiniões contidas neste escrito. Os constitucionalistas portugueses e de outros países europeus, presentes ao curso, não conseguem aprovar ou enaltecer essa solução brasileira, imiscuindo órgão do Poder Legislativo no controle jurisdicional de normas. Ocorreu que, no mesmo evento, tratou da matéria o professor Sérgio Resende de Barros, e, em memorável conferência, transmitiu idéias e apresentou propostas que divergiram muito das que eu havia defendido. Felizmente, no debate jurídico, ninguém é dono da verdade e as idéias são expostas para que a luz se acenda e trilhemos o melhor caminho.

Por último, mas principalmente, não posso deixar de registrar que num livro que se escreve para enaltecer um dos maiores constitucionalistas de Portugal e do mundo, os verdadeiros homenageados são os autores que tiveram o privilégio de se reunir para prestar reverência ao grande Jorge Miranda.

Da Jurisdição Constitucional

O acesso à Jurisdição Constitucional como caminho para a sua democratização

Anna Candida da Cunha Ferraz*

Sumário: *Introdução I - Aspectos constitucionais do princípio do acesso à justiça: 1. Acesso à justiça, direito fundamental e Estado de Direito 2 O acesso à justiça na Constituição de 05 de outubro de 1988 3. O conteúdo e o alcance do direito fundamental ao acesso à Justiça II - A projeção do princípio do acesso à justiça no exercício do controle de constitucionalidade no Brasil: 1. Considerações gerais 2. O acesso à justiça no controle difuso de constitucionalidade 3. O acesso à justiça no controle concentrado de constitucionalidade: 3.1 - O controle concentrado e o processo constitucional autônomo pelo qual atua 3.2 - O surgimento do controle concentrado e a legitimação para seu exercício 3.3 - O direito de propositura do controle concentrado no Brasil 3.4 - A disciplina do acesso à justiça no controle concentrado na Constituição de 1988 3.5 - O acesso à justiça na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade 3.6 - O acesso à justiça na ação direta de inconstitucionalidade por omissão 3.7 - O acesso à justiça e a argüição de descumprimento de preceito fundamental 3.8 - O acesso à justiça na ação interventiva federal Conclusões. Bibliografia.*

Resumo: Este texto examina, em breves linhas, a relevância do princípio do acesso à jurisdição constitucional como caminho para a democratização dessa jurisdição. De início cuida do princípio e do direito fundamental do acesso à justiça, e, a seguir, de sua projeção no controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. O tema é examinado nas duas modalidades de controle de constitucionalidade adotadas: o controle difuso e concreto e o controle abstrato e concentrado.

Palavras chaves: Acesso à jurisdição constitucional. Democratização da jurisdição constitucional. Processo constitucional. Acesso à justiça.

Introdução

A "democratização" da jurisdição constitucional é tema recorrente quando se examina a questão da legitimação ou legitimidade da jurisdição constitucional.[1] Em não poucos autores o argumento da "ausência" de democratização da jurisdição constitucional, ou os excessos de restrições dessa legitimação, analisada sob vários aspectos, é motivo de contundentes críticas. Várias sugestões aparecem no cenário jurídico no sentido de ou superar a falta ou alargar os instrumentos que permitam ampliar a participação democrática nesta modalidade de exercício de jurisdição.

A matéria tem sido objeto de estudo em recentes estudos que vêm surgindo no mundo jurídico no País.

Em teses de doutoramento defendidas na Faculdade de Direito da USP[2] propostas de "democratização" dos instrumentos de controle concentrado[3] são feitas, sempre com o intuito de "legitimar" a jurisdição constitucional e de possibilitar maior abertura do processo constitucional de controle concentrado com vistas a tal finalidade.

---

* Mestre, Doutora, Livre-Docente pela FDUSP. Professora Associada da FDUSP. Coordenadora do Mestrado em Direito do UNIFIEO.Ex-Procuradora-Geral do Estado de São Paulo.

1 Cf. **Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional**. Vários autores. Coimbra: Coimbra Editora, 1995

2 Cf. BALTHAZAR, Ezequiel Antonio Ribeiro. **Democratização dos instrumentos de controle e interpretação constitucional: inclusão na Constituição**. São Paulo: FD/USP, mimeo 2007; PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: FD/USP. mimeo. 2007.

3 BALTHAZAR, idem supra, vários instrumentos são examinados: a interpretação constitucional é examinada como instrumento de legitimação do processo constitucional (ob. cit. p. 54-76); a acessibilidade de todos ao texto constitucional (p. 106-140), dentre outros;

A esse propósito cabe, a seguir, transcrever lúcidas observações de Roger Stiefelmann Leal[4]:

> "A expansão institucional da jurisdição constitucional e a sua conseqüente politização são realidades incontestáveis dos sistemas políticos atuais. A autoridade de suas decisões perante os demais poderes e a sociedade atrai, por essa razão, a pretensão de organizações não governamentais, partidos políticos, sindicatos e especialistas no sentido de tomarem parte nos processos que correm perante os órgãos de jurisdição constitucional. O direito processual adotado vem, assim, admitindo cada vez mais a participação de atores sociais e políticos dos mais diversos matizes nas questões suscitadas em sede de controle de constitucionalidade. Aos poucos, constrói-se um *ambiente de legitimação política de algum modo semelhante ao processo legislativo. Politizam-se as práticas e os procedimentos.* A abertura do processo constitucional atual é, segundo Häberle, exatamente *onde o Parlamento falhou* (grifos. do autor e nossos)."

Este texto se propõe a examinar alguns aspectos do acesso à jurisdição constitucional, com ênfase para o controle concentrado (porquanto é neste que a "ausência" de democratização se faz sentir e é mais preocupante no sistema constitucional brasileiro).

Assim, examinar-se-á, sucintamente, o princípio e o direito fundamental do acesso à justiça e sua projeção no controle jurisdicional de constitucionalidade, em suas duas modalidades: no controle difuso e concreto e no controle abstrato e concentrado, para, a seguir, enfatizar a temática do acesso à jurisdição constitucional no controle concentrado perante o Supremo Tribunal Federal.

I. Aspectos constitucionais do princípio do acesso à justiça[5]

1. Acesso à justiça, direito fundamental e Estado Democrático de Direito

É princípio estruturante do Estado Democrático de Direito o respeito e a garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais salienta, com razão, Canotilho[6]. Diz mais o autor:

> "Terceira dimensão do Estado de direito", "pilar fundamental do Estado de direito", "coroamento do Estado de direito", são algumas das expressões utilizadas para salientar a importância, no Estado de direito, da existência de uma *protecção jurídica individual* sem lacunas (cfr. Art. 20.º/1). Todavia, esta garantia da via judiciária já foi considerada como um "direito fundamental formal" (de *formelles Hauptgrundrecht* fala Klein), pois a protecção dos direitos através do direito exige uma prévia e inequívoca consagração desses direitos (cfr. DI.389-B/87, de 29/12, sobre o regime legal de acesso ao direito e aos tribunais).

Também Jorge Miranda[7] mostra a indissociável ligação entre o acesso à justiça e o Estado de Direito. Lembra o autor que o "eficaz funcionamento e o constante aperfeiçoamento da tutela jurisdicional dos direitos das pessoas são sinais de civilização jurídica" e que por isso o Estado de Direito acrescenta algo mais para a sua plena percepção:

> "... A possibilidade de os cidadãos se dirigirem ao tribunal para a declaração e a efectivação dos seus direitos não só perante outros particulares mas também perante o Estado e quaisquer entidades públicas".

---

4 LEAL, Roger Siefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p.100-101.

5 Este tema foi tratado também, de môo mais restrito, em trabalho ainda inédito enviado para a Revista Acadêmica de Direito do Unifieo.

6 CANOTILHO, J. J, Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª. edição, totalmente refundida e aumentada, 2ª. reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 367. (grifos do autor).

7 MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional – Tomo IV - Direitos Fundamentais**. 2ª. edição revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1993, p. 231.

Por definição, os direitos fundamentais têm de receber, em Estado de Direito, proteção jurisdicional. Só assim valerão inteiramente como direitos, ainda que em termos e graus diversos consoante sejam direitos, liberdades, garantias ou direitos económicos, sociais e culturais.

Inegável portanto, que é no âmbito privilegiado do Estado Democrático de Direito que viceja o princípio, a garantia e o direito fundamental ao "acesso à justiça" outorgado a todos para a proteção jurisdicional de direitos.

Trata-se de princípio que concretiza, dentre outros, o princípio da igualdade e o da legalidade – princípios fundamentais do Estado de Direito.

2. O acesso à justiça na Constituição de 05 de outubro de 1988

Na Constituição brasileira de 1988, o princípio e o direito ao acesso à justiça vêm imbricados no inciso XXXV do artigo 5º (que versa sobre direitos fundamentais individuais e coletivos) e que dispõe:

> XXXV – A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.

Lembra Ferreira Filho[8] que, "com muita justiça, disse Pontes de Miranda que a menção expressa deste princípio, feita pela primeira vez na Constituição de 18 de setembro de 1946 (art. 141, §4º), `foi a mais típica e a mais prestante criação de 1946´ [Comentários à Constituição de 1946, cit. t. 5, p. 106...]."

Para além de aspectos constitucionais concernentes à moderna interpretação do inciso XXXV (que engloba, por exemplo, os valores axiológicos e substantivos que informam o princípio, a garantia do controle judiciário, a reserva jurisdicional na proteção de direitos fundamentais inerente à separação de poderes, os princípios da igualdade e da legalidade e suas garantias[9]), o amplo alcance do princípio do controle jurisdicional passa por outros direitos e garantias. Assim se revela no princípio na garantia do devido processo legal, na celeridade do processo (art. 5º, LXXVIII), em uma organização judiciária apropriada, no aparelhamento judicial mais aproximado e acessível aos seus destinatários (art. 93, XII e XII; art. 107, §2º e 3ª; art. 125, §6º e 7º, dentre outros). Relevante registrar que Antonio Cláudio da Costa Machado[10], na linha da doutrina dominante, retira do mandamento constitucional do artigo 5º, inciso XXXV, o princípio singular do chamado acesso à justiça ao enfatizar:

> Dependendo do prisma pelo qual se enxerga a norma constitucional sob análise, é possível ao intérprete vislumbrar o que se tem chamado de princípio da inafastabilidade jurisdicional, como aquilo que se costuma denominar de princípio do acesso à justiça ou, simplesmente, direito constitucional de ação.

E anota ainda:

> Já no que concerne ao princípio do acesso à justiça, é preciso dizer que se "a lei não excluirá [...] "isso significa dizer que a todos será sempre franqueado o acesso à jurisdição, mediante o processo, por meio de ação, quando tenha havido lesão a direito (tutela processual cognitiva e satisfativa) ou simples ameaça (eis a recente alusão textual à tutela preventiva e cautelar). Saliente-se nesse diapasão que o acesso à justiça aqui assegurado se manifesta pelo que pode ser chamado de direito de ação em sentido

---

8 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988** (Volume I – arts. 1º a 43). São Paulo: Saraiva, 1990, p. 55.

9 Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988** 1990, p. 55; também PINTO FERREIRA, Luís. **Comentários à Constituição Brasileira** (1º volume, arts. 1º a 21), São Paulo: Saraiva, 1989, p. 140-142.

10 COSTA MACHADO, Antonio Cláudio da. **Código de Processo Civil interpretado e anotado. Normas processuais civis da Constituição interpretadas e anotadas**. Barueri, São Paulo: Manole, 2006, p. 11

> constitucional cujas características básicas são a não-subordinação a condições (basta ser pessoa ou ente processualmente personalizado para ter tal direito) e o abstratíssimo conteúdo da providência a que se faz *jus* (um provimento jurisdicional de qualquer tipo – de mérito ou não de mérito). Esse direito constitucional de ação não se confunde, portanto, com o processual de ação que é apenas o "direito à sentença de mérito" (Liebman) e que se subordina às três condições da ação (legitimação para a causa, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido previstos e regulamentados basicamente pelo CPC) [...]

Tem, assim, assento constitucional o princípio do igual e amplo acesso à justiça para a proteção de direitos, princípio este que, no sistema constitucional brasileiro, está sob o manto protetor da intocabilidade pelo Constituinte Derivado, vale dizer, está presente na cláusula pétrea contida no artigo 60, §4º, IV da Constituição Federal.

3. O conteúdo e o alcance do direito fundamental ao acesso à justiça

O princípio ou o direito ao acesso à justiça, expressão cunhada por Mauro Cappelletti mereceu, no Brasil, uma "aceitação não vista em outras partes do mundo" acentua Carreira Alvim[11].

É de Cappelletti a feliz e elucidativa afirmação:

> O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Dentre os enfoques que o princípio do acesso à justiça permite[12] e acima referidos, utilizaremos, nestas breves considerações, para o que interessa ao tema em exame, o seu conteúdo mais tradicional, relativo ao igual e amplo acesso de todas as pessoas na busca de proteção jurisdicional de seus direitos, vale dizer, o princípio da ampla acessibilidade ao Poder Judiciário.

Assim, dentro desta perspectiva e fundado no mandamento constitucional do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição brasileira, é possível identificar algumas notas características do "acesso à justiça" e cuja pontualização interessa fixar para melhor percepção dos aspectos que o tema em exame sugere:

- O acesso à justiça constitui um direito-garantia fundamental, consagrado no *locus* constitucional dos direitos e garantias individuais e coletivas. Isto significa dizer que informa a aplicação e a efetivação de todo e qualquer direito fundamental consagrado no Título II da Constituição, sob a rubrica "Dos Direitos e Garantias Fundamentais" e bem assim, por interpretação sistemática, todo e qualquer direito consagrado ao longo do texto constitucional vigente; alcança, também, direitos ainda que não positivados na Constituição.
- Como direito e garantia fundamental, o acesso à justiça está sob a proteção de uma cláusula pétrea, intocável, na forma do que dispõe o artigo 60, §4º, IV da Constituição de 1988.
- Trata-se de direito abrigado em norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, em que pese, sob este aspecto, depender, para ter efetividade, da organização não somente do

---

[11] CARREIRA ALVIM, J. E., **Justiça: acesso e descesso**, , p. 1

[12] Idem ibidem

Poder Judiciário, mas de toda a organização judiciária e processual em geral, determinada pela Constituição e complementada pela legislação infraconstitucional, particularmente no que respeita à disciplina do direito de ação e do processo. Organização do Poder,organização judiciária e processual que se destinam à efetivação da proteção jurisdicional acenada pela Constituição.

- A legislação infraconstitucional não poderá, em qualquer hipótese, restringir ou limitar o acesso à justiça constitucionalmente assegurado, o que significa dizer que nenhuma lesão a direito individual ou coletivo poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário seja por via direta ou indireta; de outro lado, nenhuma lei poderá, na disciplina do direito de ação, reduzir, de qualquer modo, a amplitude da acessibilidade universal assegurada pela Constituição.
- Assim, abriga o princípio do "acesso à justiça" o que a doutrina rotula de legitimação universal – *quisque de populo* -, em decorrência da amplitude dos que são beneficiários (ou legitimados) para provocar ou utilizar o direito de acesso à justiça. Decorre daí que
- no texto constitucional brasileiro o beneficiário desse direito, por excelência, é a pessoa física titular de direitos constitucionalizados. Não obstante o texto constitucional vai além ao estabelecer o alcance e o conteúdo desse princípio. Assim alcança: (a) toda e qualquer pessoa física ou ente personificado (v.g. partido político ou organização sindical, entidade de classe, dentre outras – art. 5º, LXX, CF), titular de direito próprio, constitucionalizado ou não; (b) todo cidadão legitimado para buscar proteção – não de direito seu - mas contra atos lesivos à sociedade, ao patrimônio público etc. (art. 5º, LXXIII, CF); (c) as associações de modo geral para a defesa de interesses de seus membros ou associados (art. 5º, LXX, "b"); (d) os sindicatos para a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria (art. 8º, III, CF); (e) os partidos políticos para defesa de interesses gerais da comunidade (art. 5º, LXX, CF); (f) o Ministério Público e a Defensoria pública, o primeiro para defender, particularmente, direitos coletivos e difusos, conforme especifica a Constituição (art. 129) e a Defensoria Pública para a defesa dos necessitados (art. 134). Afora isto, aponta a doutrina que é também beneficiário do acesso à justiça, por definição legal ou interpretação do texto constitucional, ente não personalizado (ex: Câmara de Vereadores), desde que em defesa de direito próprio.
- O destinatário da proteção deste direito é todo e qualquer juiz, tribunal ou órgão do Poder Judiciário, respeitadas, por necessário, a organização constitucional e legal desse Poder e a respectiva distribuição de competências.
- O veículo do acesso à justiça é, de modo geral, o direito de ação, o que implica dizer que o titular do direito (ou quem por ele pode pleitear) pode valer-se de toda e qualquer modalidade de ação válida e pertinente para a proteção de todo e qualquer direito ou interesse, assegurados todos os princípios e garantias processuais consagradas na Constituição.
- Tratando-se de proteção de direito, tanto pode ser acionada a justiça contra particulares como contra o Poder Público em geral, no caso de um ou outro ser o responsável pela lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos.

Cabe a seguir, a partir das considerações acima, examinar a projeção do princípio do acesso à justiça no controle de constitucionalidade no Brasil, ou mais especificamente no processo constitucional, via instrumental pela qual se realiza o controle de constitucionalidade.

II. A projeção do princípio do acesso à justiça no exercício do controle de constitucionalidade no Brasil

1. Considerações Gerais

A inconstitucionalidade, ou seja, o desrespeito, a incompatibilidade de uma ação ou de uma omissão relativas à Constituição é o vício mais grave de um ordenamento jurídico, porquanto questiona e põe em cheque a supremacia da Ordem Fundamental do Estado. Daí porque toda Constituição prevê um sistema de defesa de suas normas.

"De fato, sendo indissociavelmente ligados a democracia e o Estado de Direito, os valores que os informam, e que estão explicitados na Constituição ou dela podem ser inferidos, tornam indispensável e legitimam um sistema de proteção da Lei Fundamental, ou seja, tornam indispensável e legitimam a jurisdição constitucional vocacionada exatamente ao atendimento dessa finalidade"[13].

Dentre os vários pontos sensíveis a merecer a garantia da jurisdição constitucional, a doutrina tem fixado, mais freqüentemente, como de competência dessa jurisdição, entre outros, o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público. Sintetizando o objeto da jurisdição constitucional como a defesa jurídica da liberdade, Mauro Cappelletti a denomina, sugestivamente, "jurisdição constitucional da liberdade" [14].

Isto posto, tendo em vista o objetivo deste trabalho, cabe verificar se o princípio do acesso à justiça, que acima foi examinado em breves considerações se aplica ao processo constitucional via do qual se desenvolve precipuamente a defesa da supremacia constitucional[15] e, por decorrência, se é instrumento tendente à democratização da jurisdição constitucional.

Dentro do processo constitucional brasileiro o exame do tema exige que se tenha presente dois modelos de controle de constitucionalidade que convivem em nosso Direito constitucional: o controle difuso e o concentrado, cada um com contornos próprios, mas ambos exigindo, em última análise, a presença do juiz constitucional ou da jurisdição constitucional para dirimir a controvérsia constitucional.

2. O acesso à justiça no controle difuso de constitucionalidade

Em todo Estado Democrático de Direito a positivação, a garantia e os meios de efetivação dos direitos constitucionalizados constituem o núcleo essencial da Constituição.

Bem por esta razão de há muito vem se firmando a consciência da importância da efetivação jurisdicional dos direitos fundamentais constitucionais e, por conseqüência, do processo constitucional na proteção dos direitos fundamentais. E por isso mesmo as Constituições democráticas incluem, comumente, no catálogo de direitos e garantias, vários princípios processuais de observância obrigatória no exercício do direito de ação[16], o que, desde logo, evidencia "a democratização" dessa modalidade de proteção constitucional de direitos.

Ora, dentre os princípios constitucionais que protegem o titular de um direito constitucional, avulta o princípio do acesso à justiça, também incluído na Constituição de 1988 como direito

---

[13] ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes e FERRAZ, Anna Candida da Cunha. "Os princípios fundamentais do processo constitucional**"**. In **Revista Mestrado em Direito**, UNIFIEO- Centro Universitário FIEO, N. 7, Ano 6.2 Osasco: EDIFIEO, 2006, P. 181193.

[14] CAPPELLETTI, Mauro, **Il controle di constituzionalità delle leggi nel quadro delle funzione dello stato, Rivista di Diritto Processuale**, CEDAM, Padova, ano XV, n. 3, jul/set, 196o, pág. 383 e 384.

[15] Ver,a propósito, de ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes e FERRAZ, Anna Candida da Cunha **Princípios Fundamentais do Processo Constitucional** comunicação feita no XVI Encontro de Direito Constitucional, 2006, citada

[16] CANOTILHO, J.J. Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra: Almedina, 2.ed., pág.1047 e segs.

fundamental. Cabe, assim, examinar se no processo constitucional pelo qual se desenvolve o controle difuso tem aplicação esse princípio e, por via de decorrência, se tal aplicação tende à democratização do controle difuso e da proteção de direitos.

O controle difuso tem por objetivo precípuo permitir ao titular de um direito lesado pelo Poder Público por ato inconstitucional que promova sua defesa perante o Poder Judiciário. Assim, o controle difuso é acionado perante o Poder Judiciário para dirimir um conflito de interesses subjetivos entre as partes do processo, conflito cuja solução depende de decisão preliminar, incidental, sobre a constitucionalidade de uma lei[17]. Em outras palavras, está em causa o controle da superioridade da Constituição sobre os atos do Poder Público que a vulnerem.

O veiculo normal para o exercício desse controle é o direito de ação, seja por meio das ações em geral, seja por intermédio das ações constitucionais específicas vocacionadas para a salvaguarda de direitos: o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança individual ou coletivo, o mandado de injunção e a ação popular (art. 5º, incisos LXVII-LXXIII, CF de 1988).

A argüição de inconstitucionalidade, nas citadas ações, constitui argumento de defesa ou exceção sempre com vistas à perseguição do objeto imediato da mesma que é a proteção de um direito, particularmente de um direito fundamental[18].

Daí porque se lhe aplicam, no caso, todos os princípios processuais que asseguram a garantia e a proteção dos direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição de 1988 e, sobretudo, o princípio do acesso ao Judiciário.

Tem-se, porém, nesse caso, como observa Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a "inexistência de um processo constitucional autônomo" [19], no sentido de que a supremacia da Constituição sobre a lei é utilizada como argumento de defesa da parte para proteger um direito seu e não para a proteção exclusiva da Constituição. E, por isto, o veículo empregado no caso é o direito de ação tal como o exercido nos termos do processo judicial comum, salvo a legislação específica disciplinadora da matéria. Disso resulta que as normas processuais no controle difuso não são autônomas e sim as mesmas que norteiam a tramitação do que podemos chamar de processo subjetivo, para o qual estão direcionadas as disposições que o constituinte entendeu relevantes, com vistas à garantia de paridade de condições para os litigantes sustentarem suas razões em juízo[20].

O controle difuso poderá, assim, ocorrer em qualquer processo, perante qualquer juiz, ser suscitado em qualquer fase processual por qualquer das partes ou pessoas e órgãos intervenientes[21], pelo que se diz que, nessa modalidade de defesa, ainda que mediata da Constituição, a legitimação é *universal*. O veículo empregado no caso é o direito de ação exercido nos termos do processo judicial comum; figura a argüição de inconstitucionalidade como argumento de defesa da parte para proteger direito próprio. Assim, constata-se que inexiste, para o controle difuso, um processo constitucional especial, salvo algumas regras específicas direcionadas para as ações constitucionais de proteção de direitos[22].

---

[17] ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de e FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Os princípios fundamentais do processo constitucional**. Comunicação apresentada no XV ENCONTRO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, citada.

[18] A referência ao direito fundamental, aquele que é positivado no texto constitucional, se faz tendo em vista que estamos a tratar da democratização do processo constitucional ou da jurisdição constitucional que alcança, por óbvio, o modelo difuso de controle de constitucionalidade na sua versão de proteção jurisdicional das liberdades, acima indicada.

[19] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Os princípios do processo constitucional**, conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em fevereiro de 2006.

[20] ALMEIDA e FERRAZ, **Princípios fundamentais do processo constitucional**, 2006, citado.

[21] Cf. art. 5º, incisos LXVIII a LXXIII: Mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção, ação popular. Ver, dentre outros: CASTRO, Carlos Siqueira. **A Constituição aberta e os Direitos Fundamentais – ensaio sobre a Constituição pós-moderna e comunitária**. Rio de Janeiro: Forense; STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica ao direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

[22] Ver. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes e FERRAZ, Anna Candida da Cunha, **Os princípios fundamentais do processo**, 2006, citado.

Em conseqüência, aplica-se ao controle difuso o princípio do acesso à justiça, em seu caráter de *universitas legitimatio*, e com as particularidades acima admitidas.

Relevante, ainda, considerar que pela natureza, pela legitimação universal e pelo veículo de controle, o controle difuso é uma forma democrática de controle de constitucionalidade e de defesa da Constituição. Sinaliza ele, diretamente, para a proteção de direitos[23] mas, nesse caso, de direitos originários e consagrados na Constituição, visto que se cogita de defesa contra inconstitucionalidade de ato do poder público. Isto significa dizer que, no caso do controle difuso, três são os requisitos para o exercício do direito de ação: a titularidade do direito, a ofensa ou ameaça de ofensa desse direito pelo vício da inconstitucionalidade e ato do Poder Público (ou assemelhado), violador do direito. Disso tudo resulta claro que não cabe o exercício do controle de constitucionalidade, pelo método difuso, contra particulares, salvo se particulares no exercício de função pública conforme tem admitido a legislação e a jurisprudência.

Desta forma, qualquer lei e ato, normativo ou não, federal, estadual ou municipal lesivo a direito individual ou coletivo pode ser objeto do controle difuso.

Em suma, ao controle difuso se aplica o princípio do acesso à justiça, com as peculiaridades apontadas. Ante isto se pode afirmar que a defesa da Constituição contra atos inconstitucionais praticados pelo Poder Público, lesivos a direitos, pode ser provocada por qualquer pessoa, titular de direitos, ou que tenha outorgada, pela Constituição, competência para tal defesa em nome de outrem.

Deve-se ressaltar que, em tese[24], pela natureza do controle difuso, as ações que veiculam a proteção de direitos fundamentais e que têm como argumento de defesa ou exceção a questão da inconstitucionalidade do ato violador de direito têm, constitucionalmente, condições de chegar ao Supremo Tribunal Federal, guardião por excelência da Constituição (art. 102, **caput**), pela via do recurso extraordinário previsto no mesmo artigo 102, Inciso III, *verbis*:

> Art. 102. Compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
>
> [...]
>
> III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:
>
> a) contrariar dispositivo desta Constituição;
>
> b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
>
> c) julgar válida lei ou ato de governo local em face desta Constituição;
>
> d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.[25]

Por conseguinte, por força de expresso dispositivo constitucional, uma ação que veicule o controle difuso de constitucionalidade, que visa à proteção de um direito lesado com fundamento nas alíneas acima, tem, em princípio, porque satisfeito o requisito que o texto constitucional estabelece – violação de norma da Constituição Federal - "direito" de ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal pela via do recurso extraordinário.

Tem-se, pois, que o controle difuso, constitui método que qualifica, inegavelmente, a "democratização" da jurisdição constitucional exercida pela mais alta Corte do País, porquanto leva para a mais alta Corte, guardiã da Constituição, ação movida por *quisque de populo*, desde que tenha, para defender, direito próprio assegurado na Constituição Federal.

---

[23] Ver FERRAZ, Anna Candida da Cunha. "Anotações sobre o controle de constitucionalidade e a proteção dos direitos individuais" In **Revista Mestrado em Direito/UNIFIEO**, Osasco: EDIFIEO, Ano 4. n. 4, 2002

[24] A afirmação passa a ser minimizada diante da alteração introduzida ao Recurso Extraordinário pela EC 45/2004. No §3º introduzido ao inciso III do art.102, criou-se o chamado "instituto da repercussão geral das questões constitucionais", a ser demonstrada pelo recorrente, o que pode reduzir, drasticamente, a avaliação de direito individual subjetivo e o número de RE no exame e conhecimento pelo STF, como se verá adiante.

[25] Alínea acrescentada pela EC 45/2004.

Cabe, todavia, acentuar que a EC 45/2004 trouxe relevante inovação com relação ao assunto, inovação que sob, o ângulo objeto da análise, parece tendente a reduzir significativamente tal assertiva.

É que a EC 45/2004, modificando a Constituição de 1988, introduziu na competência do Supremo Tribunal Federal o instituto da "repercussão geral das questões constitucionais" (§3º ao art. 102). Tal instituto certamente irá influir no amplo espectro do controle difuso e de sua subida ao Supremo Tribunal Federal e, por via de conseqüência, na "democratização" da jurisdição constitucional.

Transcreva-se, para maior compreensão, o texto do citado instituto da "repercussão geral das questões constitucionais":

> Art. 102 [...]
>
> §3º No recurso extraordinário o recorrente terá de demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

O Artigo 102, §3º acima foi regulamentado pela Lei nº. 11.418, de 19/12/2996. O Supremo Tribunal Federal, no uso de suas competências, pela Emenda Regimental n. 21, de março de 2007, disciplinou o chamado "filtro recursal" do recurso extraordinário, a ser aplicado em "casos sem relevância social, econômica, política ou jurídica".

Ficam claras, diante das normas legais e regimentais, a conceituação e a extensão da "repercussão geral" na órbita jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal[26]. Transcrevam-se algumas normas da Emenda Regimental n. 21:

> Art. 13 [...]
>
> [...]
>
> V [...]
>
> c) como Relator, nos termos dos arts. 544, §3º, e 557, do Código de Processo Civil, até eventual distribuição, os agravos de instrumento e petições ineptos ou doutro modo manifestamente inadmissíveis, bem como *os recursos que não apresentem preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, ou cuja matéria seja destituída de repercussão geral, conforme jurisprudência do Tribunal*. (n.g.)
>
> Art. 322. O Tribunal recusará recurso extraordinário *cuja questão constitucional não oferecer repercussão geral*, nos termos deste capítulo.
>
> Parágrafo único. *Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes*. (n.g.)
>
> Art. 323. Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o Relator submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral.
>
> § 1º Tal procedimento não terá lugar, quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando *impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante, casos em que se presume a existência de repercussão geral*. (g.n.)
>
> § 2º Mediante decisão irrecorrível, poderá o Relator admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, sobre a questão da repercussão geral.
>
> Art. 326. *Toda decisão de inexistência de repercussão geral é irrecorrível* e, valendo para todos os recursos sobre questão idêntica, deve ser comunicada, pelo Relator, ao Presidente do Tribunal, para os fins do artigo subseqüente e do artigo 329.

[26] Para exame mais completo do assunto convém proceder à leitura de toda a Emenda Regimental n. 21 e a Lei 11.418, de 19/12/2006

Não cabe, dentro dos limites circunscritos a que se destina este texto, entrar no exame alargado da "constitucionalidade" da limitação, por Emenda Constitucional, do cabimento do recurso extraordinário, que, ao que parece, afeta diretamente o princípio do universal acesso à justiça constitucional abrigado pela cláusula pétrea do artigo 60, inciso IV, CF, e do evidente conflito que se estabelece entre a letra do artigo 102, inciso III, em sua redação originária, e o §3º do mesmo artigo, introduzido pela EC 45/2004 à Constituição de 1988.

Para o que interessa ao presente estudo, todavia, parece indiscutível que a chamada "repercussão geral das questões constitucionais", se aplicada na extensão com que foi regulamentada, *afetará*, diretamente, *a possibilidade* de qualquer pessoa - *quisque de populo* - ver o caso em que discute *lesão* a direito *seu - próprio*, *individual e subjetivo* -, *lesão provocada por ato inconstitucional perante a Constituição Federal*, ser examinado pelo Supremo Tribunal Federal. Por evidente, a legitimação universal, princípio do controle difuso, sai fortemente atingida pela aplicação deste instituto, já que o interessado deverá *comprovar* não apenas que *seu direito foi violado*, mas que tal violação também *atinge*, *de modo significativo*, o *povo em geral*, nas vertentes estabelecidas pela regulamentação acima transcrita.

Assim, independentemente de outras considerações, cumpre ao Supremo Tribunal Federal ser extremamente rigoroso ao afastar o exame de recurso extraordinário fundamentado neste princípio de repercussão geral das questões constitucionais[27]. Cabe-lhe evitar, que por questão de redução de processos, ou de ordem econômica e política, verifique-se um retroceder ou um andar na contramão da história do processo constitucional, hoje amplamente tendente a sua maior democratização. A prevalência de questões de ordem econômica, política e social sobre o direito fundamental da pessoa coloca-se em colisão com o princípio da dignidade da pessoa humana. Se o princípio da dignidade da pessoa humana informa, necessariamente, a interpretação dos direitos fundamentais positivados na Constituição de 1988, até que ponto é possível anular ou ao menos minimizar o alcance deste princípio e, por conseqüência, atingir um direito constitucional com fundamento em questões dessa ordem?

A súmula vinculante, também veiculada pela EC 45/2004 (art. 103-A) à primeira vista poderia ter alguma ingerência no princípio universal do acesso à jurisdição constitucional. Todavia, a súmula vinculante incide sobre casos idênticos a outros, casos que já seguiram toda uma tramitação perante o Poder Judiciário e obtiveram, sempre, a mesma decisão na mais alta Corte do País. Por tal razão parece razoável afastar-se a afirmativa de que a súmula vinculante possa sinalizar para uma redução da "democratização" do acesso à jurisdição constitucional, no controle difuso.

3. O acesso à justiça no controle concentrado de constitucionalidade

3.1 O controle concentrado e o processo constitucional autônomo pelo qual atua

O controle concentrado tem por objeto precípuo a defesa da supremacia da Constituição, não se destinando, em princípio e diretamente, à proteção de direitos fundamentais.

Assim na hipótese do controle concentrado, a questão da constitucionalidade levada à apreciação do Judiciário é o objeto central da ação, desvinculada do deslinde de qualquer conflito de interesses concretos, não tendo outro propósito que o de preservar a supremacia e a higidez da Constituição.

---

[27] A despeito de o instituto existir em outros sistemas constitucionais, não se conforma ele, inteiramente, com a disciplina constitucional do recurso extraordinário posta pela Constituição de 1988. Daí, a cautela na sua aplicação, exigível na atuação do guardião dos direitos fundamentais no País, vale dizer, do Supremo Tribunal Federal.

Presente o objeto do controle e o fim a que se destina, é possível identificar-se aí um "processo constitucional autônomo"[28], no sentido de ser desatrelado da resolução de uma lide convencional, caracterizando-se o que, a partir de construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, os processualistas denominam de processo objetivo. Neste, não há propriamente partes contrapostas, cujas posições no processo necessitem da garantia de equivalência. De outro lado a defesa da supremacia constitucional em abstrato é o objetivo primordial a se atingir, ainda que, indiretamente, ao se proteger a Constituição, proceda-se também, genericamente, à defesa dos direitos fundamentais, que constituem o seu núcleo essencial.[29]

Com essa configuração, não é difícil concluir que no controle concentrado nem todos os princípios do processo comum constitucionalizado são de aplicação impositiva, havendo, por outro lado, princípios autônomos que lhe são próprios, como específicas são também as ações mediante as quais se exerce o controle, descartadas as vias processuais ordinárias. Esse processo constitucional autônomo tanto tem suas raízes no próprio texto constitucional como na legislação infraconstitucional que, mais recentemente – Leis nº.s 9.868/99 e 9.882/99 – vieram a disciplinar o processo constitucional do modelo concentrado de controle.

A ressalva vale para a aplicação do princípio do acesso à jurisdição constitucional, como veremos a seguir.

3.2 O surgimento do controle concentrado e a legitimação para seu exercício

Favoreu[30], citando a influência de Kelsen no estabelecimento do controle abstrato de constitucionalidade registra, com clareza:

> *Au commencement était Kelsen.....*

E acrescenta:

> *...prés de soixante ans aprés, elle reste étonnamment moderne sans doute parce que les systémes européens de justice constitutionnelle se sont établit et fonctionnent largemente selon les préceptes kelséniens.*

Assim é que, no que respeita à legitimação para provocar, perante um Tribunal Constitucional exclusivo, a questão da inconstitucionalidade abstrata de leis, desde Kelsen, defendeu-se a postulação restritiva, conferindo-se a apenas alguns (e poucos) órgãos ou entes públicos tal competência. Afastava-se, pois, no controle abstrato de normas, a legitimação universal, própria do princípio do acesso à justiça.

Com efeito, abeberado em Kelsen, Gilmar Ferreira Mendes[31] registra:

> Da resposta à questão sobre quem deve propor a ação perante a Corte Constitucional dependem, em primeira linha, a garantia e a efetividade da jurisdição constitucional. Por isso, é de suma importância a decisão sobre os entes autorizados a propor o controle abstrato de normas. Uma limitação ao direito de propositura poderia retirar a eficácia do controle abstrato de normas. Por outro lado, uma legitimação ampla importaria, inevitavelmente, numa sobrecarga de trabalho para o Tribunal, com queda da qualidade de seus julgados e obrigação de ocupar-se de questões de importância menor.

---

[28] FERREIRA FILHO, idem, ibidem.

[29] Ver FERRAZ, Anna Candida da Cunha "Anotações sobre o controle de constitucionalidade no Brasil e a proteção dos direitos fundamentais". **Revista Mestrado em Direito/UNIFIEO**. Osasco: EDIFIEO, 2004, p. 21-46

[30] FAVOREU, Louis et JOLOWICZ, John Anthony. **Le controle jurisdictionnel des lois (Légitimité, effectivité et développements récents)** Paris: Economica- - Presses Universitaires D´Aix Marseille, 1986, p. 42

[31] **Jurisdição Constituciona**l. São Paulo: Saraiva. 1996, p. 87

Aliás, o autor[32], invocando doutrinador alemão, entende justificar-se a legitimação restrita, que dispensa a demonstração de interesse próprio e especifico, já que: "o processo de controle abstrato de normas destina-se, fundamentalmente, à defesa da ordem jurídica contra leis inconstitucionais e, portanto, à segurança jurídica, sendo instaurado no interesse de toda a coletividade", sendo que o proponente da ação atua, nesse processo, como autêntico "advogado da Constituição".

Tal prática se espalhou pelos sistemas ocidentais europeus de controle de constitucionalidade. A Constituição Austríaca de 1920, na linha propugnada por Kelsen, assegurou, inicialmente, o direito de propositura para a fiscalização abstrata apenas ao Governo Federal, no tocante às leis estaduais, e aos Governos estaduais, no que respeita à legislação federal (art. 140, I). Somente em 1975, mediante Emenda Constitucional, se estendeu o direito de propositura à minoria parlamentar.

As constituições mais recentes, particularmente pós 1945, alargaram significativamente o rol de legitimados para a propositura do controle abstrato. Assim, para exemplo, a Constituição de Portugal de 1976, com reformas posteriores, que adota tanto a fiscalização concentrada preventiva como a fiscalização abstrata, atribui à primeira (art. 278º) a legitimação para propô-la ao Presidente da República, aos Ministros da República, ao Primeiro Ministro e a um quinto dos Deputados à Assembléia da República. O direito de propositura para a fiscalização abstrata (art. 281º) conta com um rol alongado de legitimados: Presidente da República, Presidente da Assembléia da República, o Primeiro Ministro, o Provedor da Justiça, o Procurador-Geral da República, um décimo dos Deputados à Assembléia da República; também os Ministros da República, as assembléias legislativas regionais, os presidentes de governos regionais, ou um décimo dos deputados à respectiva assembléia legislativa regional poderão provocar o controle abstrato quando o pedido de declaração de inconstitucionalidade se fundar em violação dos direitos das regiões autônomas. A Constituição da Espanha, de 1978 (edição de 1985), em seu artigo 162, estabelece que são legitimados para propor o "recurso de inconstitucionalidad": o Presidente do Governo, o Defensor do Povo, 50 Deputados, 50 Senadores, os órgãos colegiados executivos das Comunidades Autônomas e, se for o caso, as respectivas Assembléias.

O que se percebe, diante dos exemplos citados, é que o acesso ao controle concentrado, desde sua introdução, foi restrito, privilegiando particularmente órgãos do governo e exercentes de Poder e, aos poucos, se alargando para abarcar certas minorias..

3.3 O direito de propositura do controle concentrado no Brasil

A introdução do controle abstrato no Brasil, mediante o que se denominou de "representação de inconstitucionalidade" efetivou-se com a Emenda Constitucional n. 16/65, aposta à Constituição de 1946, tendo, segundo afirmação de Gilmar Ferreira Mendes[33], uma *função supletiva* e uma *função corretiva* do modelo "incidente" ou "difuso".

Referida Emenda, na contramão do que já predominava no continente europeu sobre o direito de propositura de ação no controle abstrato e concentrado, legitimou para tal "representação" única e exclusivamente o Procurador-Geral da República.

Desde os primeiros momentos travou-se intensa polêmica a respeito dessa legitimação exclusiva ou desse monopólio de ação de inconstitucionalidade pelo Procurador-Geral da República[34]. O argumento contrário predominante nessa controvérsia residia no fato de o Procurador-Geral da República ser nomeado e demissível *ad nutum* pelo Presidente da

---

[32] Ob. cit., p. 91

[33] **Jurisdição Constitucional**, 1996, p. 77

[34] Conferir, dentre outros, MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade (Aspectos jurídicos e políticos)**. São Paulo: Saraiva, 1990, p.241 e seguintes.

República, de quem, portanto, constituía elemento de confiança e de quem dependia para permanecer na função. Sob este talhe entendia-se que o exercício do controle abstrato de leis, particularmente de leis federais, ficava fortemente comprometido e despido da necessária neutralidade[35].

Para o que interessa observar, todavia, não se questionou, em profundidade, a constitucionalidade, a "democratização" ou a "legitimidade" da jurisdição constitucional e nem se travou grandes discussões sobre a incidência, ou não, da cláusula do amplo acesso à justiça nessa modalidade de controle, introduzida por Emenda Constitucional. O fato é que a não adoção da legitimação universal já vinha assentada e definida, neste campo, desde sua origem européia, como se viu. A legitimação restrita para a propositura do controle abstrato era a regra e, sob este aspecto, o modelo foi copiado no Brasil, ainda que com uma legitimação muitíssimo mais reduzida[36] e, sob o ângulo do amplo acesso à justiça não ensejou maiores discussões.

Cabe, para confronto, transcrever voto proferido na Representação 1.060, da lavra do Ministro Moreira Alves que aduziu:

> A representação de inconstitucionalidade por sua própria natureza é destinada tão-somente à defesa da Constituição vigente quando da sua propositura. Trata-se, em verdade, de ação de caráter excepcional com acentuada feição política pelo fato de visar o julgamento não de uma relação jurídica concreta, mas da validade da lei em tese, razão por que o titular dela – e árbitro da conveniência de sua propositura – é um órgão político (o Procurador-Geral da República) e a competência exclusiva para processá-la e julgá-la cabe ao Supremo Tribunal Federal, como cúpula de um dos poderes da União. Tais características estão a mostrar que não é uma simples ação declaratória de nulidade como qualquer outra, mas, ao contrário, um instrumento especialíssimo de defesa da ordem jurídica vigente estruturada com base no respeito aos princípios constitucionais [....][37].

De outra parte, como já registrado anteriormente[38]:

> "no que diz com a questão do amplo acesso ao Judiciário, ponderou-se que nunca se pretendeu que a existência de um controle concentrado, em que há uma legitimação ativa restrita, fosse ofensiva ao princípio do acesso à Justiça, que é franqueado a todos no controle difuso. Como registrou Moreira Alves, é preciso não perder de vista que são mesmo diferentes, no seu modo de exercício, a função jurisdicional *stricto sensu*, voltada à solução de conflitos de interesses subjetivos concretos, e a jurisdição constitucional que revela, sim, o ingrediente político ínsito à fiscalização, em tese, dos atos praticados pelos Poderes de Estado (inclusive praticados pelo próprio Judiciário)".

Não obstante, lembra Gilmar Ferreira Mendes[39], embora a polêmica surgida em torno da questão, na vigência da Constituição de 1946 e das posteriores, não tenha trazido modificações, "é fácil constatar que ela foi decisiva para a alteração introduzida pelo constituinte de 1988, com a significativa ampliação do direito de propositura da ação direta".

.

35 MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade (Aspectos jurídicos e políticos)**, 1990, 249

36 Muitos nada viram de desconforme nesta legislação exclusiva, sob o ponto de vista jurídico. Ver, dentre outros, MENDES, idem supra, p. 248-249

37 *In* PALU, Oswaldo Luis. **Controle de constitucionalidade** (conceitos, sistemas e efeitos). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 170

38 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes e FERRAZ, Anna Candida da Cunha. ***Princípios Fundamentais do Processo Constitucional***, citado.

39 *Idem ibidem*

Registre-se que a ampliação do rol de legitimados para a propositura de ação de defesa, em abstrato, da supremacia constitucional, tende a realizar, dentre outros, alguns objetivos essenciais na jurisdição constitucional: de um lado, a necessidade de democratização de um processo que, destinado à proteção da Lei Maior, constitui, em si mesmo, um interesse primordial da sociedade. Admitido, por razões de eficiência e celeridade, que seria inadequada e inviável a legitimação universal para a propositura dessa modalidade de controle da Constituição, impunha-se, todavia, ampliar, dentro dos objetivos visados e das possibilidades processuais e de fato, o rol dos legitimados para provocarem o exercício desse controle. A ampliação desse rol, como se disse, "democratiza" o processo constitucional; de outro lado, a ampliação do rol de legitimados reafirma o princípio da legitimidade da jurisdição constitucional, no que respeita à proteção ao direito das minorias[40]; finalmente, ainda que de modo indireto, permite o alargamento da proteção dos direitos fundamentais – núcleo principal de qualquer constituição – na medida em que impede a vinculação do direito de propositura desse tipo de controle, mais eficaz e mais célere, a um ou apenas a alguns entes governamentais ou mesmo políticos.

Por conseguinte, o princípio universal do acesso à justiça, que predomina no modelo difuso de controle, não se estende, em sua versão própria e com todos os seus contornos, ao modelo concentrado de controle de constitucionalidade. Neste, em qualquer sistema de controle concentrado existente no direito comparado, a regra geral é a legitimação restrita, ainda que, em alguns casos, a restrição seja maior e, em outros, menor.

De toda sorte, quanto maior, maior significativo e mais representativo da comunidade for o rol de legitimados, e, quanto mais aberto a minorias verdadeiramente representativas da sociedade, certamente mais democrático e legítimo será o exercício do controle abstrato e concentrado e mais acessível o exercício do controle jurisdicional de constitucionalidade em defesa da Constituição e da ordem jurídica nela consubstanciada.

Vale aqui observação colhida em voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa no Mandado de Segurança 24.831-9, Distrito Federal:

> A proteção das minorias, sejam elas parlamentares, sejam as chamadas minorias insulares, constitui uma das mais importantes facetas do direito constitucional moderno e sem dúvida uma das mais nobres missões da jurisdição constitucional.

3.4 A disciplina do acesso à justiça no controle concentrado consagrado pela Constituição de 1988.

No ordenamento constitucional brasileiro em vigor cinco são as ações que atualmente integram o sistema de controle concentrado: a ação direta de inconstitucionalidade; ação direta de inconstitucionalidade por omissão; a ação declaratória de constitucionalidade; a argüição de descumprimento de preceito fundamental e a ação interventiva.

Cabe mencionar que, originariamente, a Constituição de 1988 contemplava, para cada modalidade de ação referida, um rol próprio de legitimados. Assim, para exemplo, o rol dos legitimados para a ação declaratória, introduzida pela Emenda Constitucional nº 3/93, era mais

---

[40] Isto mesmo previa Kelsen, ao definir que o titulado para o exercício dessa função seria um *custus constitutionis* e que, nas democracias, o controle de constitucionalidade seria meio eficaz de proteção das minorias contra as maiorias (*in* MENDES, **Controle de Constitucionalidade**, p. 248) ao registrar: "Per ciò che concerne i ricorsi contro le leggi, sarebbe di estrema importanza il diritto de proporli anche ad una minoranza qualificata del parlamento, tanto più che la giustizia constituzionale (...) deve necessariamente servire nelle democrazie parlamentari, alla protezione delle minoranze"

reduzido do que o adotado para a ação direta de inconstitucionalidade.[41] Após a Emenda Constitucional 45/2004 alterou-se esta situação. A exceção fica na ação interventiva, para a qual é legitimado exclusivamente o Procurador-Geral da República (art. 36, III). Nas demais ações do controle concentrado houve modificações. O texto constitucional igualou, em nova redação do artigo 103, os legitimados para a propositura nas duas ações previstas no *caput* do artigo (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade), inclusive ampliando o rol de legitimados, como se verá; a extensão de idêntica legitimação para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi admitida por interpretação constitucional; e, na argüição de descumprimento de preceito fundamental, a Lei 9.882/1999, que disciplinou esta modalidade de ação, estendeu à mesma a legitimação conferida às demais ações de controle concentrado.

3.5 O acesso à justiça na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade

O artigo 102 que previa, na Constituição originária, a ação direta de inconstitucionalidade, após a EC 3/93, sofreu alteração em sua redação, que também passou a cuidar da instituição da ação declaratória. É o seguinte o texto do artigo 102 após a EC 3/93:

> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
> I – processar e julgar, originariamente:
> a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;
> [...]

A legitimação para a ação direta de inconstitucionalidade constava do artigo 103, *caput*, que dispunha:

> Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade:
> I – o Presidente da República;
> II – a Mesa do Senado Federal;
> III – a Mesa da Câmara dos Deputados;
> IV – a Mesa da Assembléia Legislativa;
> V - o Governador do Estado;
> VI – o Procurador-Geral da República;
> VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
> VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;
> IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A seu turno, estabelecia o §4º do artigo 103, acrescentado pela EC 3/93:

> §4º A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República.

Com a Emenda Constitucional n. 45/2004, o artigo 103 também teve sua redação alterada, para nele se estender a legitimação da ADI para a ação declaratória de constitucionalidade e incluir, dentre os legitimados, a Câmara e o Governador do Distrito Federal. Ficou o artigo com a seguinte redação:

---

[41] Ver §4º do artigo 103, na redação dada pela EC 3/93, que atribuía competência para a propositura da ação declaratória ao Presidente da República, à Mesa do Senado, à Mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República. Já o artigo 103 da CF fixava um rol de 9 legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade, alcançando dentre estes os Partidos Políticos, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:
I – o Presidente da República;
II – a Mesa do Senado Federal;
III – a Mesa da Câmara dos Deputados;
IV – a Mesa da Assembléia Legislativa ou a Câmara Legislativa do Distrito Federal.
V - O Governador do Estado ou do Distrito Federal;
VI – O Procurador-Geral da República;
VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;
IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Observe-se, de início, que a legitimação da Câmara Distrital e do Governador do Distrito Federal já vinha sendo admitida pelo Supremo Tribunal Federal em decisões que denotavam a construção jurisprudencial da Corte Suprema na interpretação do texto constitucional. De outro lado, a Lei 9.868/1999 estabelecera tal legitimação, ainda que o texto legal se mostrasse de duvidosa constitucionalidade por interferir em dispositivo constitucional inegavelmente revestido da categoria de *numerus clausus*. O Constituinte Derivado, na EC 45/2004, corrigiu, pois, o que parecia ser uma lacuna do texto constitucional originário e uma falha da legislação infraconstitucional.

O elenco dos legitimados para a propositura das ações referidas é bastante amplo, e atende, em certa medida, ao princípio da "democratização" da jurisdição constitucional vez que coloca em mãos de significativos órgãos de representação popular tal legitimação. Todavia, não é de todo satisfatório.

A atribuição de competência para as Mesas do Congresso e do Poder Legislativo Estadual e Distrital não sinaliza, de fato, para a proteção das minorias congressuais, vez que tais órgãos refletem, via de regra, a maioria parlamentar. Destarte, dificilmente as Mesas levarão ao Poder Judiciário lei que tenha sido aprovada nos respectivos Parlamentos. Mais salutar seria a atribuição, também, da competência a um número fixo de parlamentares, tal como ocorre em outros sistemas de controle, conforme mencionado, até porquanto a atribuição de legitimação aos partidos políticos – relevante embora – não sana, de todo, a lacuna apontada.

De outro lado, seria adequado incluir, no rol dos legitimados, o Chefe da Defensoria Pública Federal, órgão previsto no artigo 134 da Constituição Federal, considerado como "instituição essencial à função jurisdicional do Estado" e incumbido da orientação e "defesa jurídica, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV". A inclusão dessa autoridade pública permitiria, em mais grau mais elevado e com maior profundidade a defesa de direitos, a defesa do povo em geral ante atos inconstitucionais e, por decorrência, ampliaria a democratização - e a legitimação - da jurisdição constitucional no Brasil.

Questão recorrente, que também suscitou polêmica, é verificar se caberia, a despeito do silêncio da Constituição de 1988, a legitimação de qualquer cidadão (*quisque de populo)* para propor a ação direta de inconstitucionalidade frente à Constituição Federal.

A doutrina mostra-se reservada a esse respeito[42] ao argumento de que tal legitimação impediria o exercício eficiente do controle de constitucionalidade. Assim, no Brasil, no plano federal, predomina o entendimento da impossibilidade de legitimar-se qualquer pessoa, ou mesmo, somente o cidadão, para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, vez que

---

[42] LEONCY, Léo Ferreira, **Controle de Constitucionalidade da Constituição Estadual**, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 56 e CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito Constitucional**, ob. cit., p. 194

não especificamente indicados no rol dos legitimados constitucionais. A cláusula de legitimação é, sob este ângulo, considerada *numerus clausus*, como se disse acima.

Observação pertinente diz respeito à restrição da amplitude, pelo Supremo Tribunal Federal, da legitimação, constitucionalmente prevista, na medida em que essa Corte estabeleceu a exigência da chamada *pertinência temática* para certos legitimados arrolados no artigo 103.

O sistema de legitimação adotado na Constituição de 1988 foi o *concorrente* na expressão do Ministro Celso de Mello[43]. Isto significa dizer que, em princípio, qualquer dos legitimados poderia propor qualquer ação direta de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade, contra qualquer lei ou ato normativo federal ou estadual, na hipótese da ação direta de inconstitucionalidade, e de qualquer lei ou ato normativo federal, no caso da ação declaratória de constitucionalidade.

Não obstante, com a exigência da *pertinência temática*[44], pode-se concluir que, segundo a jurisprudência do STF, há dois tipos de legitimados para o exercício do controle jurisdicional concentrado e abstrato: os que têm *legitimação ativa geral e irrestrita* (Presidente da República, Mesas do Congresso Nacional, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados e partido político com representação no Congresso Nacional); e os que têm *legitimação ativa restrita ou específica* (Governador do Estado[45] e do Distrito Federal, Mesa da Assembléia Legislativa e Câmara Legislativa Distrital, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional).

A restrição no tocante à *pertinência temática*, ou a exigência de comprovação de *interesse específico* para promover o controle jurisdicional concentrado, tem merecido críticas na medida em que, além de restringir a acessibilidade ao controle, ainda tende a transformar o processo de controle concentrado em processo subjetivo, de interesse das partes em litígio, com evidente alteração da configuração do controle concentrado no Brasil[46].

Por outro lado, a interpretação jurisprudencial no tocante à configuração da confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, legitimada a exercer o controle jurisdicional tem sido também bastante restritiva, reduzindo a acessibilidade ampla que o texto constitucional parecia conferir a tais entidades. Observa Oswaldo Luiz Palu[47], a propósito das restrições formuladas pelo Supremo Tribunal Federal no tocante à legitimação das entidades de classe, que:

> "as cautelas da Corte revelam-se jungidas à concepção da *adequacy of representantion*, ou representatividade adequada, como elemento imprescindível à idéia de entidade de classe, eis que importante dado para a escolha dos legitimados às ações coletivas, sempre tendo em conta tratar-se de processo objetivo, que não tem, necessariamente, lide alguma; "a via de ação, já pelo contrário, encontra-se primordialmente voltada para o bom funcionamento da mecânica constitucional".

Ainda que, sob alguns aspectos, justifiquem-se certas limitações jurisprudenciais à abrangência da cláusula constitucional de legitimação de que trata o artigo 103, o fato é que a acessibilidade à jurisdição constitucional resta, em alguns casos e considerando alguns aspectos relacionados com os postulantes, bastante reduzida.

Em suma: o sistema de defesa da supremacia constitucional, no plano federal, ante a edição de leis e atos normativos federais e estaduais, em abstrato e pela via do controle concentrado, tem

---

43 ADIn 79-DF, RTJ 147/3, *apud* PALU, citado, p. 173

44 Ver ADIn 77. 138 e 159 e ADIn 913-3-DF, citadas por PALU, ob. cit., p. 174/175, nota de rodapé n. 55.

45 Ver ADIn 902-SP, citada por PALU, ob. cit. p. 175

46 Cf. posição do Ministro Sepúlveda Pertence, *apud* PALU, ob. cit., p. 175

47 **Controle de Constitucionalidade** (conceito, sistemas e efeitos). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 176-178. Cita o autor várias decisões do STF relativas à configuração do entendimento do que seja entidade de classe e confederação sindical.

legitimação constitucional restrita e concorrente, atribuída a nove agentes titulados por força de dispositivo constitucional ou legal.

Não obstante restrita, tal legitimação não é de todo avessa à democratização do exercício do controle concentrado no Brasil, graças à sua atribuição a entidades significativas na proteção de direitos do povo em geral e de direitos fundamentais positivados na Lei Maior[48] às quais o acesso popular, de modo geral, é facilitado. Mas, com certeza pode, sob este ângulo, ser aprimorada com a inclusão de novos titulados e de menos restritiva interpretação jurisprudencial.

3.6 O acesso à justiça na ação direta de inconstitucionalidade por omissão

A Constituição de 5/10/1988, inspirando-se na Constituição de Portugal de 1976 (e reformas posteriores), procurou cuidar da problemática da inércia ou omissão inconstitucional por via da criação de dois instrumentos de controle de constitucionalidade: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. A primeira integra o modelo concentrado de controle e o segundo o modelo difuso.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi instituída de *modo indireto* no artigo 103, §2º e é disciplinada minimamente no texto constitucional:

> Art. 103. §2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Como se vê, não estabelece a Constituição, expressamente, a legitimação para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Coube à doutrina[49] e à jurisprudência constitucional, no entanto, interpretando o dispositivo constitucional, posicionar-se pela extensão à ação direta de inconstitucionalidade por omissão da mesma legitimação ativa admitida para a ação direta de inconstitucionalidade, referida no artigo 103 e acima transcrita.

Assim, cabem, neste contexto, as mesmas observações acima deduzidas.

3.7 O acesso à jurisdição constitucional e a argüição de descumprimento de preceito fundamental

A argüição de descumprimento de preceito constitucional está consagrada no §1º do artigo 102, anterior parágrafo único do mesmo artigo, renomeado pela EC 3/93, e que dispõe:

> §1º A argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

Tendo a Constituição tratado, minimamente, da argüição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo remetido à lei ordinária disciplinar esta ação, restou a norma constitucional inerte, sem qualquer aplicação, até 1999, quando foi regulamentada pela Lei 9.882/99.

Convém transcrever o artigo 1º da Lei nº. 9882/99, em questão:

> Art. 1º A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.
>
> Parágrafo único. Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental:

---

[48] Para exame da "democratização" da legitimação constitucional no plano estadual ver **Revista Acadêmica de Direitos Fundamentais**, Osasco: Edifieo, versão eletrônica, 2007 (no prelo)

[49] Cf, PALU, ob. cit. p. 243

I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

II – (vetado)

A legitimação para a propositura desse novo instrumento de controle concentrado está disposta no artigo 2º:

Art. 2º Podem propor a argüição de descumprimento de preceito fundamental:

I – os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade;

II - *qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Publico* (Vetado.)

Como se vê a legitimação para argüição de descumprimento seguiu o parâmetro das demais ações de controle concentrado, acima descritas. Embora a lei, seguindo tendência da doutrina estrangeira e mesmo da doutrina nacional, tenha procurado ampliar a legitimação desta modalidade de controle para alcançar toda pessoa lesada ou ameaçada de lesão, este dispositivo foi vetado pelo Presidente da República ao argumento de que tal amplitude de legitimação iria tornar ineficiente o controle e onerar demais o Supremo Tribunal Federal.

É necessário, todavia, registrar que, no caso da argüição incidental, prevista no inciso I do parágrafo único do artigo 1º acima transcrito, tende a doutrina a admitir que qualquer pessoa interessada, envolvida no processo judicial, pode submeter a questão constitucional, base da argüição de preceito fundamental, ao Supremo Tribunal Federal. Essa medida, se efetivamente admitida pela Corte Maior, significará significativo alargamento da legitimação no uso desse novo instrumento de controle de constitucionalidade, conforme menciona André Ramos Tavares[50]. Na verdade, a admissão da legitimação, de qualquer lesado, no processo em que existe controvérsia sobre constitucionalidade na aplicação de preceito fundamental a direito das partes, como prevê a Lei. 9882/99, ao que parece, não poderá ser excluída, exatamente em razão da incidência, no caso, do princípio do acesso à justiça. Como se disse, lei alguma poderá reduzir a proteção jurisdicional que a Constituição confere aos direitos fundamentais. É certo que o instrumento nasce como integrando o controle concentrado. Mas é certo também que, na hipótese cogitada, ele se afeiçoa a um remédio de proteção contra lesão a direitos por ato fundado em preceito fundamental, integrante ou decorrente da Constituição. Nessa versão, se mantida pelo STF a Lei 9.882/99 em sua integralidade, a argüição de descumprimento de preceito fundamental prevista no inciso I, do parágrafo único do artigo 1º se presta, mais diretamente, à proteção de direitos, do que à defesa, em tese, da supremacia constitucional.[51]

3.8 O acesso à justiça na ação interventiva federal

A ação interventiva, no plano federal, vem disciplinada nos artigos 34, 35 e 36 da Constituição Federal, sendo que a legitimação para propô-la é deferida exclusivamente ao Procurador-Geral da República[52] conforme dispõe o inciso II do artigo 36. Justifica-se tal legitimação restrita em consideração à finalidade da ação, embora, também nesta modalidade se pudesse estender a legitimação a outros entes públicos competentes.

[50] "Argüição de descumprimento de preceito fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na Lei", in **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº. 9.882/99**. TAVARES André Ramos. e ROTHENBURG, Walter Claudius (coordenadores). São Paulo: Atlas, 2001, p. 61 e p. 66 e seguintes.

[51] Cf. FERRAZ, Anna Candida da Cunha. "Anotações sobre o controle de constitucionalidade e a proteção dos direitos individuais" In **Revista Mestrado em Direito/UNIFIEO**, Osasco: EDIFIEO,n. 4, 2002, p.21-46.

[52] Ver observações de MENDES, Gilmar Ferreira, In **Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**, cit. p. 217 e seguintes. Entende o autor que, no caso, o Procurador-Geral da República não defende a ordem constitucional em abstrato, mas propugna pela defesa da União e de princípios federativos (p. 224)., o que justificaria tal restrição.

4. CONCLUSÕES

O princípio constitucional do acesso à justiça visto em seu caráter amplo e universal se aplica ao sistema de controle de constitucionalidade pelo método difuso, que é veiculado pelo direito de ação em geral e pelas ações constitucionais especiais. Isto significa dizer que a supremacia constitucional, nessa modalidade de controle, pode ser objeto de defesa por qualquer pessoa lesada em seus direitos por ato inconstitucional do poder público, não obstante ter tal defesa caráter incidental, sendo invocada como argumento de defesa ou de exceção ao cumprimento de um ato que viola a Constituição.

No controle concentrado, o princípio do acesso à justiça não é aplicado em sua concepção tradicional. A legitimidade ativa para o exercício do controle concentrado e abstrato contra leis e atos normativos em tese e contrários à Constituição Federal é restrita a um *numerus clausus* de agentes, expressamente designados pela Constituição, que podem atuar no controle de modo concorrente. Cabe observar que, por interpretação jurisdicional, dentro do rol de agentes, há os que têm legitimação ampla e irrestrita para propor a declaração de inconstitucionalidade de qualquer lei ou ato normativo federal ou estadual; de outro lado há os que a têm vinculada a interesses específicos, em razão da exigência da *pertinência temática* adotada, como critério limitativo para certos agentes, pelo Supremo Tribunal Federal.

Diante do exposto, embora o rol dos legitimados pela Constituição Federal seja amplo, parece necessário nele acrescentar outros agentes, particularmente novas minorias representativas da sociedade, com vistas à maior democratização, à maior legitimidade e à maior representatividade da jurisdição constitucional. De outro lado, impõe-se restringir algumas das limitações postas por via interpretativa, pelo Supremo Tribunal Federal, para alargá-las, sempre com rigor e critério, para que se atinja a eficiência e a democratização da justiça constitucional, objetivos maiores da jurisdição constitucional.

5. Bibliografia

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de e FERRAZ, Anna Candida da Cunha. "Os princípios fundamentais do processo constitucional". Revista MESTRADO EM DIREITO. UNIFIEO. Osasco: EDIFIEO, Ano 4. n. 6.2, 2006, p. 181-193

CANOTILHO, J. J, Gomes. Direito Constitucional. 5ª. edição, totalmente refundida e aumentada, 2ª. reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 1992

CANOTILHO, J.J. Gomes - Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2ª. ed. 2001

CAPPELLETTI, Mauro, "Il controle di constituzionalità delle leggi nel quadro delle funzione dello stato", Rivista di Diritto Processuale, CEDAM, Padova, ano XV, n. 3, jul/set, 196o

CARREIRA ALVIM, J. E., Justiça: acesso e descesso, http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4078,

CASTRO, Carlos de Siqueira. A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais - ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário, Rio de Janeiro, Forense, 2005

CLÉVE, Clemerson Merlin, A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995

COSTA MACHADO, Antonio Cláudio. Código de Processo Civil interpretado e anotado. Normas processuais civis da Constituição interpretadas e anotadas. Barueri, São Paulo: Manole, 2006

FAVOREU, Louis et JOLOWICZ, John Anthony, Le controle jurisdictionnel des lois (Légitimité, effectivité et développements récents) Paris: Economica- - Presses Universitaires D´Aix Marseille, 1986, p. 42

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. "Anotações sobre o controle de constitucionalidade e a proteção dos direitos individuais" In Revista Mestrado em Direito/UNIFIEO, Osasco: EDIFIEO, Ano 4. n. 4, 2004

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Os princípios do processo constitucional, conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em fevereiro de 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988 (Volume I - arts. 1º a 43). São Paulo: Saraiva, 1990

IVO, Gabriel. Constituição Estadual (competência para elaboração da Constituição do Estado-membro). São Paulo: Max Limonad, 1997

LEONCY, Léo Ferreira. Controle de Constitucionalidade Estadual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1996

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei 9.868, de 10/11/1999. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade (Aspectos jurídicos e políticos). São Paulo: Saraiva, 1990

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional - Tomo IV - Direitos Fundamentais. 2ª. edição revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1993

MORAES. Alexandre "Legitimidade da Justiça Constitucional", IN MARTINS, Ives Gandra da Silva (coordenador) Direito Constitucional Contemporâneo (Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho) Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002

PALU, Oswaldo Luis. Controle de constitucionalidade (conceitos, sistemas e efeitos). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

PINTO FERREIRA, Luís. Comentários à Constituição Brasileira (1º volume, arts. 1º a 21), São Paulo: Saraiva, 1989

PINTO FERREIRA, Luís. Comentários à Constituição de 1988, V. 2, São Paulo: Saraiva. 1989

REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO: supervisão editorial de Jair Lot Vieira: Bauru. SP: EDIPRO, 3ª. edição. 2001, ampliada e atualizada até Assento Regimental n. 339/2000 (Série Legislação)

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 18ª. ed. São Paulo: Malheiros. 2000

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica ao direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (organizadores) Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99, São Paulo: Atlas, 2001

TAVARES, André Ramos. "Argüição de descumprimento de preceito fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na Lei", in Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº. 9.882/99. TAVARES André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (coordenadores). São Paulo: Atlas, 2001

TAVARES, André Ramos. Tratado de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. São Paulo: Saraiva. 2001

VELOSO, Zeno. Controle Jurisdicional de Constitucionalidade - Atualizado conforme as leis 9698, de 10/11/99 e 9.882, de 03/12/99 - 2a. edição revista, atualizada e ampliada, Belo Horizonte: Del Rey, 2000

Considerações acerca da Função Jurisdicional e do Sistema Judicial

António Pedro Barbas Homem*

O Estado e a racionalização do poder

Nas sociedades primitivas, a vingança privada é a regra pela qual se vingam as ofensas sofridas. Vingança que pode ser exercida sem regras estabelecidas, sem o desenrolar de um processo justo em que o acusado se pudesse defender da acusação e em que um tribunal imparcial decidisse os litígios.

Na Europa ocidental, deveu-se sobretudo ao direito comum medieval o início de um longo caminho para proibir estes costumes e impor a racionalização do exercício do poder punitivo. Baseados nos direitos romano e canónico, os juristas e os legisladores medievais inventaram os tribunais, os juízes e o processo.

A formação histórica do Estado pretendeu responder aos problemas da violência, do medo e do abuso do poder na sociedade. A proibição da vingança privada foi acompanhada do monopólio estadual do exercício da violência. Para este efeito, foi necessária a criação de um aparelho judicial e policial que respondesse às necessidades sociais de prevenção da criminalidade, julgamento e punição dos delinquentes e ao incumprimento dos contratos e das promessas.

Noutros continentes este processo é mais tardio. Em África, a reacção das autoridades tradicionais, especialmente das tribais, ainda hoje constitui um forte obstáculo à racionalização do poder do Estado.

Depois da segunda guerra mundial, a internacionalização das ordens jurídicas assinala o início do processo de globalização dos direitos do homem, crescentemente imposto aos Estados. A discussão actual sobre o conceito de soberania e a sua inutilidade superveniente documenta este problema do Estado dos nossos dias, submetido a declarações, pactos, convenções, regulamentos, directivas e outros textos de direito internacional, a que acresce o nascimento de verdadeiros tribunais supra-nacionais.

Ao mesmo tempo mas por motivos distintos, o mundo cosmopolita dos nossos dias vive confrontado com o regresso da «justiça espectáculo» (GARAPON) e do discurso da «vitimização» (RICOEUR) em consequência do peso social dos meios de comunicação de massas. Estas transformações aceleradas contrastam com o tempo lento da justiça.

No presente texto procuro caracterizar nas suas grandes linhas o sistema de justiça português, problematizando alguns dos seus desenvolvimentos mais recentes.

O Estado de Direito e o direito ao juiz

A síntese contemporânea do Direito e do Estado é-nos dada pelo conceito de Estado de Direito, inscrito nas Constituições e Leis Fundamentais. Sublinho três ideias marcantes que asseguram o império do Direito (*rule of law*): a primazia da Constituição; o direito ao direito; e o direito ao juiz.

Assim, se o Estado é criado por um documento jurídico - a Constituição -, não é menos evidente que o Estado actua segundo regras jurídicas: leis, regulamentos, sentenças, actos administrativos.

* Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Se existem actos estritamente políticos e que correspondem ao exercício de funções políticas, num Estado de Direito estes devem ser reduzidos ao mínimo indispensável para o funcionamento do Estado. São actos políticos que não podem ser sindicados pelos tribunais certas competências do Presidente da República e do governo, designadamente as de nomear determinados responsáveis do Estado. Mesmo as operações materiais da administração encontram-se submetidas a regras jurídicas. Como exemplos marcantes, as actividades policial e de investigação criminal subordinam-se à legalidade, no sentido em que as autoridades apenas podem praticar os actos que a lei permita, considerando-se ilegais aqueles que esta não autorize. A proibição do abuso do poder é portanto uma manifestação de racionalidade. Existem formas muito diversas através das quais o poder pode ser abusado ou tornar-se excessivo, não apenas o arbítrio dos órgãos do Estado como o arbítrio das pessoas, nomeadamente quando são titulares dos órgãos.

As pretensões para continuar a furtar este tipo de situações ao conhecimento dos tribunais e, portanto, a uma verdadeira garantia judiciária, existentes no interior do Estado e da vida política contrasta com o que podemos designar por direito ao juiz.

Existem garantias jurídicas para a violação das regras legais, assentes na tutela jurisdicional dos direitos e no facto de as decisões dos tribunais serem obrigatórias para todas as entidades, públicas e privadas.

Nenhuma destas regras faria sentido se não fosse complementada pelo princípio geral dos Estados de Direito de proibição do recurso à força com o fim de realizar ou assegurar os seus direitos, a não ser nos casos excepcionais previstos e dentro dos limites declarados na lei.

Existe um monopólio estadual da justiça que não podemos separar da regra do mundo civilizado de proibição da justiça privada. Embora seja uma exigência substantiva do Estado de Direito, é apenas na legislação processual que este princípio se encontra vertido. Veja-se o que dispõe o Código de Processo Civil, no seu artigo 1.º (Proibição de autodefesa): «A ninguém é lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito, salvo nos casos e dentro dos limites declarados na lei.»

Apenas em casos excepcionais, portanto, é lícita a auto-tutela dos direitos. Esses casos excepcionais em que a ordem jurídica dispensa o recurso prévio aos tribunais para a efectivação dos direitos são a legítima defesa, a acção directa e o estado de necessidade.

Estas normas, que são por todos conhecidas, são o reflexo de uma concepção antropológica que vale a pena rever. Não se trata aqui de evocar a *instituição imaginária da sociedade* (CASTORIADIS) ou um *Estado imaginário* (PIETRO COSTA), mas de reconstituir brevemente a relação entre o Estado e a sociedade.

A família continua a ser reconhecida pelo Direito como a primeira célula da vida social. Esta visão está reflectida nos grandes textos internacionais dos direitos do homem. A Declaração Universal dos Direitos do Homem consagra a família como elemento natural e fundamental da sociedade, com direito à protecção por parte da sociedade e do Estado (art. 16.º/3). A autonomia da família perante o Estado decorre da própria natureza das coisas. Recorde-se que o Código Civil só admite o recurso ao tribunal das decisões proferidas pelos pais ou pelos esposos em questões de «particular importância» ou ainda ilícitas ou imorais (cf. artigos 128.º e 1901.º do Código Civil). Em regra, portanto, cabe a cada família auto-determinar-se e escolher de modo soberano o seu projecto de vida.

Estamos perante as situações que JEAN CARBONNIER designa de *sono do direito*, para que a vida afectiva, como a vida espiritual e a vida interna em família, possam ser livres e autónomas. Para este professor de Direito francês, por *não direito* designa-se a existência de espaços não regidos pelo direito, os quais constituem redutos de liberdade dos grupos sociais não estatizados. O pluralismo jurídico assenta, de modo paradoxal, na *limitação estrutural do direito pelo não direito*.

Também as empresas estabelecem as suas próprias ordens, tal como as escolas, o exército e outras instituições, como os tribunais.

Presente em vários dos textos jurídicos ainda em vigor, a doutrina corporativa do Estado Novo foi clara no sentido de sustentar que a autonomia das instituições sociais é necessária para a defesa da própria sociedade, evitando o risco da sua dissolução sob o peso da conflitualidade social. A disciplina imposta pelos pais, pelos professores e pelos empresários, o dirigismo do Estado na economia e o centralismo da administração reforçavam o laço social e foram pensados intencionalmente para evitar os litígios e manter a autonomia das sociedades perante o Estado.

No mesmo sentido foi a legislação processual dos Estados autoritários, assente na disciplina do juiz sobre os funcionários e nos seus poderes na condução do processo e na aquisição de prova e ainda em institutos como a arbitragem necessária.

A cada direito corresponde uma acção

As constituições democráticas assentam noutro tipo de paradigmas.

De acordo com o princípio da tutela jurisdicional efectiva, a qualquer direito corresponde uma acção destinada a fazê-lo reconhecer por um tribunal ou a realizá-lo pela força (coercivamente) se as pessoas não cumprirem voluntariamente a decisão judicial (cf. art. 2.º/2 do Código de Processo Civil). Por acção, portanto, designa-se tanto o direito como o processo de reconhecimento de direitos em juízo e da sua realização coerciva.

O acesso aos tribunais é um dos direitos fundamentais por excelência, pelo qual se reconhece a cada pessoa o direito a que a sua causa seja resolvida de modo justo por um tribunal independente de todos os outros poderes e imparcial perante as pessoas envolvidas no julgamento.

O mais importante dos direitos é, assim, o direito de acesso aos tribunais, precisamente porque dele depende a concretização dos restantes direitos. Progressivamente mais extenso, em consequência da jurisprudência internacional e de uma maior consciência sobre os direitos, o art. 20.º CRP estabelece um conjunto de direitos dos cidadãos amplo e generoso:

- o direito de acesso aos tribunais para tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos;
- os direitos de informação e consulta jurídicas e ao patrocínio judiciário;
- o direito a uma decisão em prazo razoável;
- o direito a um processo equitativo;
- o direito a uma tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças aos direitos, liberdades e garantias.

Compreende-se, assim, que um problema fundamental da teoria do direito consiste em saber o que são e quais são os direitos e os interesses legalmente protegidos a que corresponde uma tutela judicial. Em especial, quais são os direitos que devem ter-se por fundamentais, já que a eles corresponde um regime particular na Constituição.

Porém, é necessário advertir, este é um dos mitos do Estado constitucional português – pensar que a natureza do regime jurídico dos direitos pode corresponder a uma transformação da própria sociedade em que vivem as pessoas e são exercidos os direitos. Embora este não seja um tema para desenvolver hoje, o excesso de expectativas na Constituição e nas leis estão a empurrar o sistema jurídico português para um excesso de disposições semânticas e simbólicas, contrastantes com as situações que existem de facto.

Para garantia da igualdade das pessoas, o direito à tutela jurisdicional não pode ser negado às pessoas pobres ou com menos posses, sob pena de tornarmos a justiça um assunto dos ricos e poderosos. Contudo, se o direito de acesso aos tribunais não pode ser negado por insuficiência

económica, já não garante que a justiça seja gratuita. A gratuitidade da justiça já foi sustentada em diversos momentos históricos desde a revolução francesa. Em Portugal, foi especialmente discutido com a república e a primeira legislação do Estado Novo. A legislação actual em matéria de custas caracteriza-se por um excessivo empirismo, ignorando as questões teóricas e doutrinárias sobre a natureza do Estado. Como ensina a sociologia do direito, a expropriação do direito de acesso à justiça, quando as custas são excessivas, é um outro modo de levar a disputa dos direitos, dos tribunais para instâncias informais. Nestas situações, triunfam a rua, a violência e o direito do mais forte.

De outro lado, fala-se hoje em *desinstituição* para caracterizar a sociedade dos nossos dias, crescentemente marcada pela crise das instituições sociais, como a família. De um lado, a família vive marcada pela privatização do laço conjugal e mesmo do laço de filiação. Os críticos do paradigma criado pela Convenção sobre os Direitos das Crianças denunciam que ele nos vai levar ao direito das crianças adoptarem a sua própria família. O esquecimento do mundo comum (HANNAH ARENDT), assente na memória e nos símbolos, está a conduzir-nos para o que o sociólogo inglês ANTHONY GIDDENS designa por individualismo estrutural.

No plano económico, o regresso da competição pelo mercado acarreta a precariedade do laço laboral e salarial, com a flexibilidade das prestações e precariedade do emprego. O mercado chega a ser visto como o regresso ao estado de natureza (ALAIN MINC) onde vigora a lei do mais forte.

Estas transformações sociais têm consequências na organização e no funcionamento do Estado. Também aqui nos deparamos com alguns paradoxos: o crescimento das tarefas do Estado vai de par com a sua incapacidade de satisfação das pretensões dos indivíduos e dos grupos. NORBERTO BOBBIO tem denunciado que o incumprimento das promessas dos políticos constitui um problema estrutural das democracias contemporâneas.

De outro lado, a cada aumento das funções do Estado segue-se um aumento da intervenção dos tribunais. E cada aumento desta intervenção gera novos problemas de legitimidade judiciária, precisamente porque contende com a autonomia das instituições sociais, designadamente, da família, da escola e das forças armadas. O conflito de legitimidades torna-se inevitável e só de modo ingénuo se podem interpretar estas questões como reacções corporativas. Efectivamente, o problema é bem mais complexo. Para a doutrina corporativa, designadamente para aquela que está na base do Estado Novo, estes litígios devem ser resolvidos antes do tribunal, porque o tribunal representa o poder intrusivo do Estado na esfera social.

A autonomia da família, da escola e da empresa, se são postas em causa pelo avanço sempre crescente do Estado, colocam-nos perante o problema político da litigiosidade na sociedade. HABERMAS formulou o seguinte teorema: a cada aumento das funções do Estado acresce um novo problema de legitimidade. Este é também um problema dos modernos sistemas judiciais nas sociedades avançadas.

A cada aumento da função do Estado, acresce a necessidade de uma nova tutela jurisdicional. E cada aumento da tutela jurisdicional implica novas pressões sobre um sistema já sobrecarregado de tarefas e de exigências.

Não surpreende, por isso, a denúncia do crescente paternalismo dos tribunais e dos seus juízes – por exemplo na justiça de menores –, chamados a desempenhar em nome do Estado tarefas e papéis sociais que não lhes pertenciam e, deve dizer-se, são contraditórias com o formalismo da regra de direito.

A chamada justiça informal e a desformalização do processo, não seria necessário dizê-lo, vão neste mesmo sentido de reforço do paternalismo dos tribunais e da actividade jurisdicional.

O juiz legal

A Declaração Universal dos Direito do Homem consagra os seguintes direitos fundamentais (art.10.º DUDH):

«Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.»

Também o Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos consagra estes direitos, acrescentando num aprofundamento muito importante, que o tribunal competente há-de estar estabelecido por lei (art. 14.º do PIDCP).

O princípio de que a competência do tribunal é estabelecida por lei (princípio do juiz natural ou do juiz legal) tem grandes consequências práticas para a defesa dos direitos dos cidadãos. Assim, impede que o acusador ou um advogado seleccionem o juiz da causa. Igualmente proíbe a designação de tribunais *ad hoc* para o exercício de uma determinada competência ou para a realização de certo julgamento. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem vindo a interpretar disposições similares da Convenção Europeia de modo dinâmico, assim atribuindo novos conteúdos para este direito.

Também por esta razão de impedir uma eventual escolha dos juízes, estabelece-se que os juízes são inamovíveis, não podendo ser transferidos, promovidos, suspensos, reformados ou demitidos senão nos termos da lei.

A inamovibilidade dos juízes é portanto uma garantia das pessoas, não um seu privilégio. Do mesmo modo, também a irresponsabilidade dos juízes perante as partes pelas decisões que proferem no exercício das suas funções, salvo as restrições impostas por lei, constitui um importante princípio de garantia da independência e da imparcialidade dos tribunais perante as partes.

De novo não estamos perante um privilégios dos juízes, já que estes podem ser objecto de responsabilização criminal, civil e disciplinar – mas perante uma norma de garantia da independência e da imparcialidade que os juízes devem ter na decisão de cada causa.

A pergunta sobre quem guarda os juízes permanece como uma questão não resolvida nos modernos Estados de direito. O tema da responsabilidade dos juízes constitui uma das questões mais problemáticas da ciência do direito, exactamente porque coloca um tema de fronteira entre a ciência política, na vertente em que questiona o papel dos tribunais na organização política, o direito público, quanto ao estatuto dos tribunais e dos juízes, e o direito privado, porque as regras de responsabilidade dos juízes devem obedecer aos pressupostos e regras da responsabilidade civil. A este propósito, salientam GIULIANI e PICARDI que o tema central da responsabilidade judicial permanece nos nossos dias como uma questão teórica pouco estudada. Contudo, podemos dizê-lo, traduz uma das questões mais relevantes para a caracterização da natureza do Estado.

Seguindo MAURO CAPPELLETTI podemos apontar quatro tipos abstractos de responsabilidade dos juízes: (i) a responsabilidade política do juiz ou do tribunal perante os órgãos do poder político; (ii) a responsabilidade perante a sociedade, isto é, perante o corpo de cidadãos em geral, quer do juiz em particular, quer do corpo judiciário; (iii) a responsabilidade jurídica substitutiva do Estado, quer exclusiva, quer cumulativa com a responsabilidade do juiz; (iv) a responsabilidade assumida pessoalmente pelo juiz, responsabilidade que pode ser criminal, civil e disciplinar, eventualmente com direito de regresso do Estado em relação ao juiz.

As transformações que presenciamos pela Europa no instituto da responsabilidade judicial também são uma consequência da importância crescente dos tribunais e dos juízes, não apenas

nas questões sociais, como inclusivamente na chamada «politização da justiça» e no «activismo político dos juízes», questões muito discutidas pela teoria do direito e da política.

O tema tem um outro reverso, o da «jurisdicionalização dos conflitos»: a litigiosidade perante os tribunais atesta um «aumento de consumo do direito» que pode levar a um Estado judicial. A ameaça, neste caso, é a de que um aumento progressivo da administração técnica e do respectivo controlo por uma jurisdição neutral conduzam à despolitização do Estado. Neste sentido, é o risco de uma intervenção excessiva dos tribunais sobre a acção do legislador e administração que pode merecer a crítica pejorativa de *Estado judicial*. Compreende-se assim que um aspecto importante da disciplina judicial seja a proibição do exercício de qualquer tipo de actividade partidária por parte dos juízes. Mas uma mesma exigência de imparcialidade poder-nos-ia levar a questionar a autorização de juízes exercerem comissões de serviço fora da magistratura, no governo e na administração, precisamente devido a esta proibição de comprometimento político-partidário dos juízes.

A imparcialidade do tribunal perante as partes tem ainda outra vertente: a igualdade das partes no processo. De modo sugestivo, designa-se por princípio da igualdade de armas esta exigência organizativa do processo de dar aos litigantes e aos seus representantes a possibilidade de defenderem os seus interesses de modo equitativo. De novo sublinho que a imparcialidade dos tribunais não constitui um direito dos juízes, mas é antes um direito dos cidadãos, que o podem exigir dos seus juízes.

De caminho posso apenas observar que a consagração de princípios jurídicos nas nossas leis (como o da boa-fé processual) ainda mais reforça o papel do juiz, precisamente chamado a realizar a tarefa de atribuir conteúdos a preceitos legais imprecisos.

É por estas razões que todas as constituições dispõem que, no exercício das suas funções, os juízes são independentes e apenas devem obediência à lei: não estão dependentes e não devem obediência aos titulares do poder políticos nem aos poderes económico, militar, mediático ou outros (art. 203.º da Constituição).

Reserva de juiz

Da Constituição decorre, não apenas a existência de tribunais, mas também a exigência de que certos tipos de questões apenas em Tribunal possam ser dirimidas (reserva de juiz ou reserva de função jurisdicional). São aquelas questões que correspondam a administrar justiça em nome do povo.

As constituições não definem com rigor um elenco dessas situações. No entanto, a partir das normas da Lei Constitucional, do direito internacional e da teorização doutrinária, podemos apontar algumas das situações reservadas à decisão judicial.

O conteúdo da reserva de jurisdição tem vários níveis de profundidade. O primeiro é constituído por aquelas matérias expressa e solenemente reservadas pelo próprio texto constitucional a uma decisão judicial, como é o caso da prisão preventiva e do *habeas corpus* contra as detenções ilegais.

O segundo nível é constituído por aquelas matérias que se devam também considerar próprias da função judicial, de tal modo que sobre elas só pode recair uma decisão judicial. Sobre estas questões não pode haver delegação de competências (por exemplo, em funcionários judiciais), nem decisão de órgãos da administração.

Não se trata unicamente de garantir que estas questões sejam decididas por um juiz (reserva de juiz), mas que o sejam igualmente de acordo com um procedimento jurisdicionalizado (reserva de jurisdição). Efectivamente, tem-se verificado que o legislador atribui competências avulsas aos

juízes, por exemplo no domínio da autorização para a intercepção de comunicações, mas esta competência não se insere num processo estruturalmente jurisdicional.

Características dos tribunais

Os tribunais exercem a função jurisdicional em nome do povo. Caracteriza-se esta função como a actividade de defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos e resolução dos conflitos de interesses. Designa-se por jurisdição o poder público de julgar que é confiado pela lei aos tribunais. Competência é o conjunto de poderes que a lei confere a cada tribunal para o exercício das suas atribuições.

A reserva de função jurisdicional dos tribunais deve ser encarada como um direito dos cidadãos – o direito a uma decisão judicial ou direito ao juiz. Não pode esquecer-se que, se aos cidadãos deve ser reconhecida uma tutela judicial efectiva, o juiz tem o dever de decidir os processos que tenham sido judicialmente interpostos, sob pena de cometimento do crime de denegação de justiça. Não é lhe é lícito recusar decidir uma causa. É esta a determinação do Código Civil (art. 8.º/1). A negação do dever de administração da justiça constitui crime previsto no Código Penal, para além de ser causa de responsabilidade civil dos juízes (art. 1083.º e 1093.º do Código de Processo Civil).

O Tribunal Constitucional já se pronunciou por diversas vezes acerca do sentido do conceito constitucional de jurisdição. Alerta-se, no entanto, para o facto de que as definições utilizadas são insuficientes para fundamentar uma compreensão adequada do ponto de vista teórico e suficientemente prática. Dois autores têm sido referência na jurisprudência constitucional, os professores Afonso Queiró e Castanheira Neves.

Os elementos característicos da jurisdição, seguindo Castanheira Neves, são os seguintes: (i) *Nemo judex sine auctore*, o que poderíamos resumir como passividade e neutralidade; (ii) O princípio do contraditório; (iii) O juízo de um terceiro imparcial.

No entanto, resultam da Constituição outros elementos que devemos igualmente recordar.

(iv) A força de caso julgado das decisões judiciais. A Constituição refere a obrigatoriedade das decisões dos tribunais, mas não fornece um conceito de caso julgado o qual, contudo, pode entender-se como inclusivamente um direito fundamental. É necessário que as causas judiciais não se eternizem. Não pode esquecer-se o carácter definitivo e obrigatório que adquirem as decisões dos tribunais. Estas são obrigatórias para todas as pessoas e entidades públicas e privadas. Isto só diz respeito àquelas decisões que têm força de caso julgado, que são aquelas de que já não cabe recurso. Ainda hoje em dia se utiliza na linguagem vulgar uma expressão antiga para exprimir esta ideia de que certas decisões têm que ser acatadas, porque já não cabe recurso nem reclamação: «sem apelo nem agravo». Efectivamente, a protecção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar.

O caso julgado é um modo de garantir a paz e a segurança do Direito, evitando que as pessoas possam estar eternamente em conflito umas perante as outras e que o tribunal seja colocado na alternativa de contradizer ou de reproduzir uma decisão anterior (cf. art. 497.º do Código de Processo Civil).

Existe um direito fundamental ao caso julgado, que não pode ser posto em causa pela eventualidade da sua inconstitucionalidade, como sustentou Paulo Otero.

Deste modo, as decisões dos tribunais são de cumprimento obrigatório para todos os cidadãos e as demais pessoas jurídicas e prevalecem sobre as de outras autoridades, recaindo sobre todas as entidades públicas e privadas o dever de cooperar com os Tribunais na execução das suas funções.

(v) A jurisdição é dita por órgãos, que são independentes e imparciais.

O Tribunal Constitucional tem sublinhado a ligação entre função jurisdicional e a decisão de uma questão de direito, adoptando com extrema fidelidade uma definição que AFONSO QUEIRÓ desenvolveu num seu trabalho sobre a função administrativa:

> «Ao cabo e ao resto, o *quid specificum* do acto jurisdicional reside em que ele não apenas pressupõe mas é necessariamente praticado para resolver uma «questão de direito». Se, ao tomar-se uma decisão, a partir de uma situação-de-facto traduzida numa «questão de direito» (na violação do direito objectivo ou na ofensa de um direito subjectivo), se actua, por força da lei, para conseguir um resultado prático diferente da paz jurídica decorrente da resolução dessa «questão de direito», então não estaremos perante um acto jurisdicional; estaremos perante um acto administrativo».

No Acórdão 171/92, o Tribunal Constitucional formulou um conceito de acto jurisdicional:

«Actos jurisdicionais são aqueles que, praticados por órgãos estaduais, visam decidir questões jurídicas relativas a casos concretos de acordo com as normas de direito pré-existentes (logo tendo como fim a realização do direito e da justiça), através de um processo intelectual subordinado àquelas normas, sendo que na postura da função jurisdicional se não pode incluir a realização de um interesse público geral ou colectivo diferente do da composição de conflitos»

Temos, assim, os seguintes critérios:

- A resolução de conflitos num caso concreto;
- Que essa resolução resulte da aplicação de critérios jurídicos pré-estabelecidos;
- Que a intenção seja apenas a de dar uma solução jurídica a esse conflito.

No entanto, falta a esta caracterização o estudo da função pública de julgar, do poder de império ao abrigo do qual intervém o Estado.

Algumas aplicações destes critérios gerais retiradas da jurisprudência constitucional são as seguintes:

(i) É inconstitucional atribuir aos secretários judiciais a competência, não apenas para proceder à fixação de custas, como para decidir reclamações a esta fixação (entre outros, Acórdão TC 358/91).

(ii) É inconstitucional conferir funções de resolução de litígios resultantes de avarias marítimas e indemnizações devidas por danos sofridos por embarcações aos capitães de porto e capitanias (entre outros, Acórdão 104/85).

(iii) A aplicação de multas processuais é um acto jurisdicional (Acórdão 496/96).

(iv) Os actos necessários à liquidação e partilha do estabelecimento bancário falido são actos jurisdicionais.

(v) A resolução de conflitos florestais é um acto jurisdicional (pelo que é inconstitucional a solução dos juízes avindouros, escolhidos pela Câmara Municipal).

Para continuar na caracterização dos tribunais e da função de julgar, recorde-se que os tribunais são órgãos independentes e a subordinação dos tribunais à lei e ao direito exprime um dos elementos fundamentais do Estado de direito e da separação de poderes. Distingue-se entre (i) independência objectiva – o juiz não está vinculado a decisões de outros órgãos e (ii) independência subjectiva de cada juiz perante os restantes juízes, perante os tribunais superiores e perante o próprio Conselho Superior da Magistratura. Assim, fala-se em independência vocacional do juiz e funcional e estatutária dos tribunais para caracterizar os vastos deveres que integram este conceito de independência.

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem desenvolvido neste ponto a chamada teoria da aparência, entendida como um corolário natural e de senso comum deste dever de independência, que não apenas consiste num conceito normativo como exige

actuações que no plano dos factos não impliquem a desconfiança das partes na imparcialidade do juiz e na objectividade da jurisdição.

Para dar exemplos que também são relevantes para o direito português, a presença do procurador geral nas deliberações do Tribunal Superior belga foi considerada uma violação do princípio da imparcialidade, como também se considerou violar a equidade do processo que o ministério público possa depositar o seu parecer sem prévia notificação às partes (acórdão Brandstretter). Fundamental, neste juízo sobre a aparência, é que o juiz não tenha um preconceito em relação à culpabilidade do réu antes do julgamento (acórdão Fey)

De acordo com a gramática jurídica contemporânea, pode identificar-se o direito a um tribunal independente e imparcial. Para a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a existência de juízes profissionais é um bom índice desta independência, no sentido da não dependência perante o governo e os partidos políticos e os grupos de pressão (acórdão Le Compte). Em qualquer caso, aos auxiliares dos juízes – penso nos juízes sociais – há-de aplicar-se o mesmo conjunto de garantias que assegurem a independência (acórdão Piersack).

Daí a importância de se delimitar o conceito de independência num sentido essencialmente negativo: o que a Constituição não permite é a existência de laços de dependência, quer de natureza funcional, quer particular e psicológica. Assim, a independência não é um direito dos juízes: é um dever seu e um direito das partes processuais.

Algumas aplicações destas ideias gerais dever-nos-iam fazer pensar na necessidade do voto de vencido nas questões de facto e nas questões de direito como uma manifestação, não apenas da independência de cada juiz e da sua imparcialidade, como da singularidade de cada julgamento.

Na história judiciária portuguesa já conhecemos diversos sistemas, nenhum isento de virtudes e de defeitos.

Em matéria de impedimentos, e entre outros exemplos que se poderiam considerar, importa recordar que pelo Acórdão n.º 135/88 do Tribunal Constitucional foi julgada inconstitucional a norma do Código de Processo Penal de 1929 que proibia ao juiz de se declarar impedido nas causas penais em que se julgasse uma ofensa feita ao mesmo juiz no e por causa do exercício das suas funções.

A função jurisdicional é ainda caracterizada por dois elementos: passividade e neutralidade.

A função dos tribunais é passiva, no sentido em que cabe às partes o ónus de alegar e provar os factos das causas, devendo os juízes decidir em função das provas. No processo civil, o princípio dispositivo proíbe qualquer intervenção activa dos juízes no sentido da obtenção de provas. O tribunal aprecia livremente as provas, decidindo os juízes segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto. No processo penal, a presunção de inocência estabelece que é aos acusadores que cabe demonstrar os factos demonstrativos da acusação. Os réus não têm que provar a sua inocência. Ao contrário de uma prática errada e autoritária, não existe uma presunção de verdade da acusação e apenas num Estado autoritário é que se poderia pensar na natureza quase jurisdicional dos actos do ministério público.

A função jurisdicional é neutral porque não cabe aos tribunais decidir as finalidades e intenções das leis, função política que cabe ao poder legislativo, mas decidir de acordo com a constituição e as leis.

Publicidade

A publicidade das decisões judiciais e das audiências é um elemento fundamental de legitimidade do poder de julgar. Isto implica questões delicadas no estudo do dever de fundamentação das decisões judiciais.

Quem são os destinatários normais da decisão judicial?

Obviamente as partes e a comunidade, em geral. No entanto, tem sido observado pela sociologia judiciária a propósito dos sistemas judiciais europeus que a fundamentação das sentenças é principalmente dirigida ao inspector judicial. Com esta observação pretendo chamar a atenção para o desvio a exigências da acção comunicativa e do diálogo que os tribunais são chamados a exercer com a opinião pública. No plano dos factos, esta incapacidade de os tribunais comunicarem com a opinião pública, conjugada com o dever de reserva que impede cada juiz de se pronunciar sobre processos a seu cargo, produz uma jurisprudência afastada das preocupações e dos anseios do cidadão comum. Um recente Inquérito aos Sentimentos de Justiça revelou, aliás, que as pessoas esperam hoje em dia dos tribunais fundamentalmente segurança, não a justiça. Esta conclusão é preocupante.

Por esta razão, mais do que preocupados com a existência de apenas uma resposta correcta às questões práticas que são colocadas pelos examinadores, a preparação dos futuros magistrados tem de alertar para a importância da convicção, para a realização dos direitos humanos: a função de julgar não é uma matemática, mas na fundamentação das decisões são fundamentais elementos retóricos e de persuasão – como se, para recordar uma imagem de DWORKIN – cada decisão judicial não fosse mais do que um capítulo no vasto livro que é a jurisprudência.

De outro lado, também tem de alertar-se para o facto de publicidade das audiências e acesso irrestrito aos processos não significa boa comunicação social e informação isenta e esclarecida sobre julgamentos e outros temas judiciários. Existe de modo demasiado frequente informação não isenta. A criação dos chamados Gabinetes de Comunicação Social, junto do Conselho Superior da Magistratura e talvez de certos tribunais não vai resolver estes problemas.

Finalmente também são dimensão essencial da publicidade do direito de acordo com as condições técnicas da sociedade do conhecimento, a criação, o livre acesso e a livre utilização de bases de dados de jurisprudência.

Como acima sublinhámos, o direito realiza-se no espaço público e este opõe-se ao secreto.

O conteúdo da publicidade do direito abarca, portanto, o livre acesso do público às audiências judiciais, a publicidade das decisões judiciais, que têm de ser comunicadas aos interessados e podem ser divulgadas pela comunicação social e a livre crítica e comentário às decisões judiciais, nomeadamente pela comunidade jurídica.

Colegialidade

De acordo com a Constituição, os tribunais são em regra colegiais e integrados por juízes profissionais, com os mesmos direitos e deveres quanto ao julgamento da causa. A preferência pela deliberação colegial – de 3, 5 ou mais juízes – em relação à decisão de um juiz singular tem tido a seu favor diversos argumentos. Assim, pelo facto de ser necessário o acordo entre vários intervenientes, considera-se que os juízes decidem melhor em colectivo, são neutralizados eventuais pré-juízos, reforça-se a imparcialidade dos juízes e fortalece-se a força da decisão, que aparece aos olhos dos destinatários como a expressão de toda a jurisdição. Como escreveu PIERO CALAMANDREI, «A independência dos juízes, isto é: aquele princípio institucional por força do qual, ao julgarem, se devem sentir desligados de qualquer subordinação hierárquica, é um privilégio duro, que impõe, a quem dele goza, a coragem de ficar só consigo mesmo, sem que se possa comodamente arranjar um esconderijo por detrás de uma ordem superior. Talvez tenha sido esta a razão por que o juízo colectivo, que se considera como uma garantia de justiça para as partes, foi inventado a favor dos juízes, a fim de lhes permitir uma certa companhia na solicitude da sua independência.»

Devo advertir que esta não é apenas uma exigência legal, mas uma questão ética. Em Espanha, um recente *Manual de Ética Judicial* editado pelo Conselho Superior do Poder Judicial salienta os problemas éticos e deontológicos da deliberação colegial e da valoração da prova. Pelo contrário, sabemos que em Portugal existe como que um compromisso informal dos juízes no sentido de não porem em causa a minuta de deliberação proposta pelo juiz relator. Isto é especialmente claro nos tribunais superiores e é, entre outras consequências negativas, uma das causas para a existência de jurisprudência contraditória. Portanto, o cumprimento da norma legal de efectiva deliberação colegial dos juízes constitui também uma exigência ética no sentido da verdade e da justiça das decisões judiciais.

Vias alternativas

O aumento da importância dos tribunais e dos juízes nos Estados contemporâneos, ironicamente, e como tem sido também posto em destaque em todos os países ocidentais, resulta precisamente do avanço do Estado legislador. Assim, a legislação social, a formulação dos direitos fundamentais da 3ª geração, a protecção dos interesses colectivos e difusos, a relevância da jurisprudência das instâncias internacionais e dos tribunais constitucionais, podem ser apontados com factores dinâmicos de ultrapassagem da clássica concepção do papel da lei e do Estado legislador.

Por outro lado, esta intervenção judicial espelha uma expansão do Estado, quer nos seus poderes legislativos, como administrativos e judiciários, e exprime a necessidade própria num Estado democrático de um contrapeso à expansão paralela da função administrativa.

Algumas respostas que têm vindo a ser experimentadas levam-nos a identificar os conceitos de deslegalização, desjudicialização, justiça de proximidade e justiça reparadora.

1.º A deslegalização e mesmo a descodificação tem vindo a ser sugerida como uma resposta à hiper inflação legislativa.

2.º Fala-se em desjudicialização para referir a criação de instâncias de auto-composição dos litígios, as quais pretendem responder simultaneamente a dois problemas cruciais das sociedades democráticas avançadas – o bloqueio dos tribunais e a legitimidade judicial. O modo como este critério tem vindo a ser institucionalizado leva-nos para três instrumentos processuais em especial, a arbitragem, a mediação e a conciliação.

3.º O conceito de justiça de proximidade procura exprimir estas diversas ideias e critérios quanto ao modo de realizar a referida desjudicialização. Contudo, este movimento do Estado de Direito pretende encontrar novas respostas para aqueles que se situaram longamente à margem do sistema judicial: as vítimas. Algumas das soluções que se inserem neste paradigma de justiça de proximidade são as seguintes:

(i) Indemnização para as vítimas de crimes violentos, adiantada e garantida pelo Estado nas situações em que o agressor não é encontrado ou não tem bens que permitam o ressarcimento;

(ii) Tribunais e outras instituições auxiliares (peritos médicos, por exemplo, para o caso de vítimas de violação, apoio psicológico) perto dos interessados.

Deste modo, o chamado mapa judiciário tem de ser pensado também do ponto de vista dos utentes ou clientes do sistema de justiça, assim importando para um domínio da soberania uma perspectiva típica do direito do consumidor. A qualidade do sistema de justiça teria, assim, de ser aferida pelos utentes da justiça e não apenas dos seus profissionais.

4.º O conceito anglo-saxónico de restorative justice tem vindo a ser invocado como uma nova forma de encarar a justiça. O neologismo justiça restaurativa parece-me evitável e, aliás,

pouco feliz. Neste sentido, esta teoria da justiça coloca no centro das atenções o dano provocado pelo comportamento criminoso e as respectivas vítimas, não apenas a vingança sobre o delinquente, dano que pode e deve ser reparado através de diversas vias: mediação penal; assistência às vítimas; envolvimento da comunidade; reparação; trabalho a favor da comunidade.

Deste modo, é oferecida às vítimas a possibilidade de se envolverem directamente na reconstituição da ordem violada com o acto ilícito.

Os fundamentos políticos não devem ser ignorados, quer naquilo que revela de desconfiança no Estado quer no apelo a novas formas de enriquecimento da democracia participativa: o papel das instituições do Estado é o de preservarem uma paz social justa e a comunidade deve igualmente ser chamada a participar.

Novas correntes metodológicas

Importa, ainda que de novo de modo sumário, fazer um breve balanço das novas orientações da metodologia da ciência do direito das últimas décadas, pela visão renovada que trazem acerca do papel da função de julgar.

(i) A abertura da argumentação jurídica aos princípios constitui um dos pontos de convergência de diversas correntes metodológicas.

Os princípios gerais de direito exercem uma função estrutural nos Estados de Direito, traduzida em dois aspectos distintos: por um lado, asseguram uma função ideológica dentro do Estado democrático. Por isso mesmo, eles constituem um limite ao poder do Estado e ao poder do Estado democrático: asseguram a vinculação do Estado ao direito. A este respeito, encontra-se consolidada a expressão «princípios gerais do direito» para identificar estes preceitos que caracterizam o ordenamento jurídico e que estruturam e permitem caracterizar e dar sentido ao sistema.

Já se escreveu que os princípios de direito são «bússolas para os juristas» (FABREGUETTES). Deste modo, têm por função unificar o sentido da ordem jurídica ou de uma das suas partes – por exemplo, o direito da família ou o direito das obrigações – e dirigir a aplicação prática. Todos os actos jurídicos devem assim estar em conformidade com os princípios de direito. Por exemplo, a norma do art. 2.º da Constituição tem vindo a ser entendida como consagrando o princípio do Estado de Direito. Este, por sua vez, tem vindo a ser entendido como integrando conteúdos diversos, nomeadamente, a protecção da confiança dos cidadãos e a proibição de leis retroactivas arbitrárias. Ora, estes sub-princípios não têm expressa consagração constitucional e tem sido a jurisprudência dos tribunais superiores, começando pelo Tribunal Constitucional, a identificar a existência de princípios constitucionais não escritos que podem ser utilizados para sindicar a conformidade das leis e dos regulamentos à Constituição. Contudo, embora a expressão remonte ao século XIX, deve recordar-se que foi a crítica ao activismo judiciário do Supremo Tribunal norte-americano que fez surgir a expressão «governo dos juízes» para sublinhar que a actividade de controlo da constitucionalidade das leis é essencialmente política.

De outro lado, esta abertura aos princípios tem expressão na organização e no funcionamento da administração, já que, de acordo com a Constituição e o Código de Procedimento Administrativo, os órgãos administrativos devem actuar, entre outros, de acordo com o princípio da justiça.

(ii) O problema metodológico da interpretação e da aplicação de conceitos indeterminados e de cláusulas gerais constitui uma outra temática de grande importância prática.

Em Portugal, os tribunais têm entendido este tipo de poderes como do foro discricionário, transformando a interpretação das cláusulas gerais, standards e pautas de valoração num puro

problema de aplicação de normas discricionárias, cujo controlo apenas se faria pelos instrumentos clássicos do desvio de poder e, em geral, da ilegalidade. Para dar um exemplo relevante para o tema desta exposição, tal conclusão tem sido retirada pela jurisprudência em matéria de classificação de serviço dos magistrados quer pelo Conselho Superior da Magistratura quer pelo Supremo Tribunal de Justiça. Porém, a questão metodológica é distinta e tem vindo a ser resolvida de outro modo noutros países, por exemplo quando se trata de graduar candidatos aos tribunais superiores, através da utilização de listas de descritores, tão objectivos quanto possível, e susceptíveis igualmente de uma avaliação objectiva das qualidades e méritos comparativos dos candidatos em relação a cada item.

(iii) Avaliação e decisão segundo as consequências.

A Constituição e a lei apenas permitem em casos limitados que os tribunais decidam em função das consequências. Estou a pensar no Tribunal Constitucional e na possibilidade que a lei lhe confere de limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Fora desta situação, parece vigorar a orientação de que a justiça é cega às consequências das suas decisões. Ora, como noutros trabalhos tenho chamado a atenção, uma das preocupações das modernas perspectivas de política judiciária é também a abertura à ponderação das consequências e efeitos sociais das decisões judiciais (através da mediação penal e da substituição da prisão por outras penas, nomeadamente o trabalho a favor da comunidade, por exemplo).

É tempo de terminar.

Ao longo destas páginas procurei chamar a atenção para as questões que actualmente se colocam à caracterização da justiça, no plano da sociologia, da teoria e da filosofia do direito.

A avaliação da qualidade das democracias tem vindo a ser proposta pela moderna ciência política (PASQUINO). Podemos do mesmo modo sugerir que a avaliação da qualidade da justiça é um elemento fundamental para a vida democrática.

É apenas por um diálogo efectivo entre os juízes, os advogados e os professores de direito que a melhoria constante e quotidiana das nossas instituições democráticas da justiça poderá ser prosseguida[1].

[1] O presente artigo foi antes publicado em *Julgar*, Revista da Associação Sindical dos Juízes Portugueses, 2/2007.

Jurisdição constitucional das Liberdades

José Alfredo de Oliveira Baracho*

O Direito Constitucional das liberdades, no mundo contemporâneo, decorre de uma profusão de fontes, que estabelecem as garantias dos direitos e liberdades, cujos princípios são, normalmente, enunciados.

O Direito Constitucional das liberdades afirmou-se como uma realidade formal, não apenas dogmática. Tem alcance e conteúdo intemporal, objetivando passar do ideal ao real.

Existem certas características básicas que irão compor alguns sistemas constitucionais, que provêem da Grã-Bretanha, da França e dos Estados Unidos, no que se refere à Teoria Geral das liberdades.

As referências a Teoria Geral da Jurisdição Constitucional, desde o modelo americano e do modelo austríaco de 1920, têm crescido, com a sua aceitação nos regimes jurídico-constitucionais, a partir, principalmente, do século passado, propiciando as grandes discussões sobre direitos fundamentais e a evolução de sua aplicabilidade jurisprudencial.

Diferenciando-se dos precedentes americanos, diversas partes do mundo, elegeram o sistema concentrado da constitucionalidade das leis, de acordo com um esquema teórico ideado por Hans Kelsen, que com alguns acréscimos e variantes, foi instaurado, inicialmente, em vários Estados da Europa Continental, desde a Constituição austríaca de 1° de outubro de 1920. É qualificado como concentrado, porque esta Corte detém o monopólio da declaração de inconstitucionalidade das leis e de atos com valor de lei. A função ou competência mais característica do Tribunal Constitucional, em sua dupla vertente do controle abstrato das normas e atos legais, é que ela efetiva-se através do recurso direto de inconstitucionalidade e o controle concreto realizado por Juízes e Tribunais ordinários, sobre a questão de inconstitucionalidade das leis, de cuja aplicação depende de resolução do litígio pendente antes os mesmos. Em ambos os casos os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da lei são igualmente gerais, de maneira que, sem prejuízo de especificação própria de questão de inconstitucionalidade, consegue conciliar a vinculação dos órgãos judiciais à Constituição, que não pode anular ou implicar por si mesmos, tratando-se de vias diferentes de suscitar a ação do Tribunal Constitucional, com a finalidade última objetiva a depuração do ordenamento jurídico.

A jurisdição constitucional não se limita a estes tipos de processos constitucionais[1], desde que a Constituição, de acordo com o precedente republicano espanhol (1931), e as experiências de outros sistemas, como o alemão, o austríaco e o italiano, atribuem ao Tribunal Constitucional o conhecimento de conflitos de competência entre o Estado e as demais partes de uma federação ou de modelos como o Estado autônomo espanhol, bem como o recurso de amparo. A reinstauração do recurso de amparo, estabelecido na Constituição espanhola de 1931, foi fortalecida pela preocupação do constituinte de 1978, de garantir o máximo respeito aos direitos e liberdades fundamentais, que no dizer dos Tribunais Constitucionais, constituem a essência do regime constitucional.

---

* Professor Titular Livre Docente em Teoria Geral do Estado, Direito Constitucional e Direito público. Doutor em Direito. Professor do Centro Universitário de Barra Mansa - UMB - OPEP - Coordenadoria de Pós-Graduação e Pesquisa

1 DOMINGUEZ, Francisco Caamaño. MONTORO, A´ngel J. Gómez. GUERRERO, Manuel Media, PAGÈS, Juan Luis Requejo. Jurisdicción y procesos constitucionales, Actualizada con las ultimas reformas de la Ley Orgánica sel Tribunal. Inclusive formularios, Elementos. Constitucional. Mc Graw Hill. Madrid, 2000, 2ª edição revista e ampliada

A definição do âmbito material da Jurisdição Constitucional é feita em termos bem amplos. É assegurada a sua imparcialidade, sua vinculação à dinâmica social, fixando-se como órgão de deliberação e atuação estritamente judicial, sem prejuízo da importância política das decisões. Como órgão da Constituição, transforma-se em norma viva, garante da livre e pacífica convivência e instrumento de transformação social.

A extensão da justiça constitucional, na forma de Tribunais especiais, após o primeiro tribunal constitucional europeu, indiciado em 1920 na Áustria e retomado em 1945, teve aceitação plena na Europa, onde o Tribunal Constitucional Alemão inicia suas atividades em 1951 e o Italiano em 1956, ao passo que em 1958 é criado o Conselho Constitucional Francês. Dentro da mesma orientação a Espanha criou seu Tribunal Constitucional, nos moldes da Constituição de 1978. Enquanto que os maiores Estados da Europa Continental estão assentados neste tipo de tribunais, a Suíça conhece, a muito tempo, uma justiça constitucional de caráter limitado, sob a forma de um recurso ante o Tribunal Federal, através do qual se pode impugnar os atos cantonais, lesivos, de direitos fundamentais, de caráter individual. De há muito tempo, especula-se naquele país a possibilidade de ampliar a justiça constitucional.

Na Grã-Bretanha ocorreu uma evolução para a submissão da jurisdição com objetivo de se submeter a comissão e ao Tribunal Europeu de direitos do homem em Estrasburgo, tornando-se possível reivindicar perante esta instância sobre atos do poder público inglês, que presumidamente tem infringido direitos fundamentais garantidos pela mencionada convenção. O Tribunal de Estrasburgo preferiu várias sentenças que em certos casos afetavam a Grã-Bretanha como o denominado Sunday Times.

A doutrina tem considerado o Tribunal de Estrasburgo uma espécie de justiça quase constitucional, no que se refere ao âmbito dos direitos fundamentais garantidos pela Convenção.

A justiça constitucional na Alemanha tem raízes históricas, desde que vamos encontrar em pleno Império, a Constituição de Weimar de 1919 que criou, pela primeira vez um tribunal constitucional, que teve competência sobre conflitos constitucionais entre o Governo Central e os Estados membros. O Tribunal Constitucional decidiu matérias importantes e decisivas para a estruturação do sistema político daquela república. Inicialmente, o papel da justiça constitucional foi modesta, com transformações profundas após a Segunda Guerra Mundial.

A lei fundamental estabeleceu uma ampla justiça constitucional federal, efetivada pelo Tribunal Constitucional Federal. Seu status, as competências e os recursos mais importantes perante o Tribunal são regulados pela Constituição e pela Lei Orgânica do Tribunal Constitucional. Esta lei determina que o Tribunal é independente dos demais órgãos constitucionais e dos artigos que tenham tido conseqüência no próprio Tribunal Constitucional nas suas relações com o Parlamento, o Bundesrat, o Conselho Federal e o próprio governo federal.

O Tribunal situa-se à margem da estrutura hierárquica dos demais órgãos judiciais, não dependendo administrativamente de nenhum Ministério e nem está submetido a qualquer supervisão por parte do executivo. O Tribunal se compõe de Salas, cuja respectiva competência foi estabelecida por uma lei de 1951. O Pleno do Tribunal atua em questões de jurisprudência, apenas quando uma sala, em decisão de um assunto concreto, pretenda afastar-se de outra jurisprudência existente. Cada sala se compõe de oito juízes que são eleitos em partes iguais pelo Bundestag e Bundesrat. Têm um mandato de doze anos e não são reelegíveis. O Tribunal Constitucional Federal exerce sua jurisdição por meio de diferentes classes de recurso, sendo que existem normas para definir quem está legitimado para sustentá-Io ante o Tribunal Constitucional e quem pode ser parte. O objeto do recurso, os efeitos da sentença, o procedimento a seguir e a legitimação processual estão indissoluvelmente ligados entre si. Alguns recursos têm grande importância, destacando-se entre eles: 1. Conflitos entre a Federação e os

Estados membros; 2. O recurso proveniente dos denominados conflitos entre órgãos; 3. O recurso sobre o controle abstrato de normas; 4. O procedimento de controle normativo por via de incidente; 5. O recurso de amparo.

Este último adquiriu grande importância para contrariar atos de autoridade pública que levam a uma lesão aos direitos fundamentais de caráter individual, constitucionalmente protegidos ou outro direito substantivo que seja garantido pela lei fundamental.

Pelo recurso de amparo, no modelo alemão, podem ser atacados os atos administrativos, bem como normas jurídicas e sentenças judiciais. Para que o recurso constitucional seja admitido é necessário que o recorrente haja esgotado previamente a via judiciária comum. O Tribunal Constitucional Federal salienta os pontos essenciais do que podemos denominar de jurisdição constitucional das liberdades, quando são tratados temas referentes às liberdades e uma sociedade democrática. A liberdade pode ser examinada em diversos aspectos, considerando-se como uma liberdade existencial para a democracia, onde, a liberdade de opinião é necessária nos direitos e liberdades políticas. Na esfera dos direitos da personalidade do indivíduo, examina-se a questão do interesse público à informação, com o direito fundamental à proteção da pessoa. O Tribunal Constitucional manifestando sobre temas da atualidade, entende que sob os delitos graves prevalecem o interesse geral. Tais decisões devem proporcionar a proteção ao âmbito mais íntimo da esfera privada. especialmente se surgir a contrariedade da relação de proporcionalidade, na hipótese de invasão da esfera pessoal. A importância da proteção da esfera pessoal, tem diversos desdobramentos que atinge a intimidade e a privacidade.

O Tribunal Constitucional, nos casos da declaração de inconstitucionalidade das leis, tem utilizado técnicas interpretativas, nas quais podemos destacar: a interpretação no sentido favorável à legalidade constitucional. As regras de hermenêutica jurídica possibilitam distintas interpretações de uma mesma norma, de conformidade com a jurisprudência do Tribunal Constitucional, não podem ser declaradas inconstitucionais, quando apenas uma das interpretações está em desacordo a compreensão do sentido do texto constitucional; de acordo com a jurisprudência do Tribunal, as leis devem ser interpretadas em seu sentido objetivo e não segundo a vontade concreta do legislador que as promulgou. Tendo em vista a idéia do legislador constitucional, o Tribunal constitucional deverá exercer o papel de órgão que custodia a Constituição. A justiça constitucional é uma nova concepção do Estado e do direito, em suas relações com os órgãos do Estado e nas relações do Estado com os cidadãos.[2]

No direito francês, todas as constituições depois de 1789, exceção feita à do Primeiro Império e da 11I República, estabeleceram o fundamento da Constituição sobre a garantia dos direitos e liberdades, texto originário do artigo 16 da Declaração de Direitos, de 1789.

As declarações de direitos enriqueceram os princípios enunciados em 1789: o direito à insurreição na Constituição de 1793; a declaração de deveres na Constituição de 1795; o Preâmbulo da Constituição de 1946 e os direitos econômicos e sociais.[3]

O limite formal do dogma ocorre pela consagração de certos pressupostos que se concretizam e efetivam no sistema constitucional francês: considera-se que a lei é o instrumento de passagem do ideal ao real, nos termos do artigo 50 da Declaração de 1789. Entendeu-se a lei como expressão da vontade geral, que como ato soberano do Legislador, como único representante da soberania.

---

[2] MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo. De la jusrisprudencia del Tribunal Constitucional. Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1985; DOGLIANI, Mario. Interpretazioni della Costituzione. > Fanco Angeli-istituto di Scienze Politiche "g. Solari". Università di Torino, Milano, 1982.

[3] ROBERT, Jacqes. Droits de L´Homme et libertes Fondamentales, com a colaboração de Jean Duffar. Montchrestien, Paris, 1996, 6ª Edição, Domat Public.

A concretização das liberdades obedece, por sua vez, a várias condições:

a) à existência de uma lei;

b) à conformidade da lei à afirmação constitucional das liberdades, onde a lei soberana não é controlada por sua relação à Constituição;

c) a proteção judiciária das liberdades pelo juiz é restreinte;

d) o juiz julga em função da lei;

e) ele não tem poderes senão sobre os atos ilegais das autoridades administrativas, mas não sobre as leis ilegais.

O desenvolvimento e o respeito às liberdades e direitos constitucionais provêem, do sistema constitucional francês:

- Pela ação do Legislador, a partir da 111 República. Tal compreensão ocorre, essencialmente, sob uma Constituição que não se refere explicitamente à existência constitucional de direitos e liberdades.

- A construção jurisprudencial fundou-se na ausência ou imprecisão da lei e se traduzia pelo surgimento dos "princípios gerais do direito", que vão conceber o conteúdo dos direitos e liberdades.

O Direito constitucional das liberdades, como um direito formal controlado e protegido, decorre da Constituição da Vª República, que vai permitir, sem atingir à origem, a passagem definitiva do dogma à regra positiva.

A compreensão das razões fundamentais do controle de constitucionalidade, decorrente da "revolução", do l'arrêt de 1971, baseia-se em seguimentos como: a inclusão definitiva da declaração de direitos de 1789 e do Preâmbulo de 1946 no corpo da Constituição; a "constitucionalização dos princípios gerais do direito" que permitem incluir, no Direito Constitucional das liberdades, a obra legislativa e jurisprudencial anterior, a submissão do Legislador ao direito da Constituição, da maneira como é estabelecido pelos textos e interpretado pelo juiz constitucional.

Várias são as conseqüências decorrentes destes entendimentos, encontrados em Claude Leclercq, Hervé Trinka, Bidegary, Emeri, Léo Hamon, Moderne e outros.[4]

A constitucionalização dos princípios gerais do direito, permite incluir, no direito constitucional das liberdades, a obra legislativa e jurisprudencial. Percebe-se a submissão do legislador ao direito da Constituição, tal como são estabelecidos pelos textos e interpretados pelo juiz constitucional.

As conseqüências da jurisprudência do Conselho constitucional, em torno dos domínios dos direitos fundamentais, levam a temas sobre aspectos da complementaridade, isto é, a inclusão do direito internacional no direito interno, como conseqüências como: a superioridade da regra internacional sobre a regra nacional que reforça o poder do juiz nacional; o aparecimento de um direito positivo internacional das liberdades, como a Convenção européia dos direitos do homem, que reforça o poder do juiz nacional. A intervenção no direito internacional francês e de outros países de um poder judiciário "europeu" (CEDH, CJCE), leva a consagração dos direitos ao nível europeu.

Existem tratadistas que ressaltam alguns aspectos acerca dos limites do respeito aos direitos e liberdades constitucionais, enumerando-os em quatro ordens: 1) o limite do controle de

---

[4] Travaux de la délegation française au Congrès internacional de Droit Constitutionnel, Paris – Aix-en-Provence, 1987, Econômica; FINES, F. L´autorité judiciaire gardienne de la liberte individuelle dans la jurieprudence constitutionelle, Travaux du congrès, AFC, Bordeaux, 1993; PACTEAUX, B. Lê Controle sur lês lois au nom dês libertes. Travaux du Congrès AFC, Bordeaux, 1993; DUBORG-LAVROFF S., La constitutionnalisation dês droits et libertes em Grande-Bretagne, Travaux di Congrès AFC, Bordeaux, 1993.

constitucionalidade: facultativo e por via de ação; 2) os riscos de conflito entre o direito internacional e o direito interno das liberdades e entre a jurisprudência nacional e européia; 3) as dificuldades de constitucionalizar direitos novos, desenvolvimento e bioética; 4) o valor supremo ou contingente do direito constitucional das liberdades.

O poder constituinte pode soberanamente mudar ou adaptar o conteúdo de uma liberdade (1993 DC sobre o direito de asilo e a reforma da Constituição). O poder dogmático das declarações de direitos pode ser modificado pelo constituinte ou pelo povo diretamente em referendum. Este debate leva as discussões em torno da norma supra constitucional[5] e da nova separação de poderes.[6]

A Teoria Geral das Liberdades vem-se aprimorando a partir do trabalho clássico de Mauro Cappelletti "La Giurisdizione costituzionale delle libertà". A doutrina de diversos países têm destacado a temática da Constituição, Liberdade e Justiça.

Liberdade e Constituição têm promovido reflexões sobre a natureza da norma constitucional e a sua eficácia imediata. Alberto Predieri, no "Commentario alia costituzione di Calamandrei e Levi", publicado em 1950, sustenta a eficácia imediata de toda norma constitucional, da qual não se pode distinguir a preceptiva da programática. Relevantes problemas surgiram em 1948, no que se refere à eficácia da norma constitucional. Entendeu-se que toda norma ordinária pode ser apreciada em sua legitimidade constitucional. A Constituição como norma jurídica promoveu vários estudos que procuram examinar a juridicidade contida na norma constitucional, sobretudo à luz da experiência alemã e da doutrina tedesca e austríaca entre as duas guerras.

Naquele momento, aprofundou-se sobre a conceituação da "norma constitucional" e a liberdade. Em 1953 desenvolveram estudos sobre o sujeito privado na Constituição italiana, com referências a jurisprudência da Corte Constitucional e o novo direito de família do ano de 1975. A monografia denominada "11 soggetto privato nella costituzione italiana", adota um método de exposição do direito de liberdade de modo unitário. A singular situação do sujeito privado é avaliada do ponto de vista analítico, partindo da compreensão de princípios comuns a toda situação jurídica, princípios gerais, não de caráter abstrato, mas estreitamente positivo. O princípio relativo à qualidade do sujeito privado, dos limites gerais e particulares, colocados na Constituição, levam a compreensão da proteção dessas situações e de sua efetividade. Adota-se um método unitário, que apresenta certas dificuldades, que condicionalizam as normas de caráter social.

O problema da efetividade da situação subjetiva, ateve-se ao limite do ordenamento jurídico, com a confrontação de que o direito nasce, porém com natureza limitada, entendimento da Corte constitucional italiana. Nesse sentido, o direito surge e se delineia como direito positivo, com limites que são previstos, de modo geral ou particular, pelo direito positivo. A forma provinha do direito natural, que pressupunha limite implícito à Constituição moderna. Existe na Constituição limites gerais, com uma cláusula relativa a ordem pública e a segurança pública, que não limita a liberdade, expressa através da definição dos direitos fundamentais. O limite geral constitui um dever constitucional. A regra fundamental é a que pressupõe a máxima expansão do direito fundamental, que só pode ter limites específicos de conformidade com a situação subjetiva. John Clarke Adams, em 1954, acerca do Direito Constitucional Norte-americano, distinguia civil rights de procedural rights, ilustrando amplamente o judicial review.

---

[5] LECLERCQ, Claude. TRINKA, Hervé. Droit Constitutionnel, Collection Dirigée par J. – L. Cuvelier et C. Leclercq. CFP Concoursdes Fonctions Publiques, Paris, Litec, Librairie de la Coir de Cassation, Paris, 1997, 2ª Edição.

[6] ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powres, em Harvard Law Review, vol. 113, January, 2.000.

Um tema geral que tem sido proposto é a compreensão dos direitos humanos como direito constitucional, tendo em vista a experiência do constitucionalismo europeu.[7]

Os direitos elencados na Constituição podem ampliar, de modo que a juridicidade, a efetividade e a justiciabilidade possa tornar concreto os direitos da cidadania. A jurisprudência constitucional propiciou ampliação dos conceitos básicos de direitos e liberdades fundamentais.[8]

A Jurisdição Constitucional das Liberdades adquire amplitude, com relevo para o princípio da igualdade. Ela assume uma alta função de equilíbrio no reconhecimento dos interesses constitucionais relevantes. A igualdade e tutela da diversidade existente na Constituição, figuram como um dos princípios essenciais ligados à igualdade substancial e as diversas formas de atuação do ser humano, no exercício de seus direitos constitucionais. A custódia da Constituição, transformou-se também em um centro de averiguações constitucionais, no que diz respeito a sua aplicabilidade. Os direitos e liberdades fundamentais constituem uma rubrica especial nos temas essenciais do constitucionalismo. A antiga controvérsia sobre a expressão direitos e liberdades vem sendo objeto de diversas compreensões. De um lado encontramos as controvérsias da doutrina tradicional, que passa a ter amplitude de conteúdo, quando procuramos analisar os textos do direito positivo nacional e internacional. A Convenção Européia de salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais de 1950 foi um passo essencial para a proteção das liberdades.[9]

Na teoria geral da jurisdição constitucional das liberdades, vamos encontrar diversas reflexões sobre as liberdades, inclusive as consagradas pelo preâmbulo da Constituição Francesa, determinando-se como são elas impostas as diversas autoridades públicas. O valor, em termos de direito positivo das declarações de direitos de 1789 e de 1946, de há muito, vêm sendo discutido, na França.

A Constituição de 1958 faz, expressamente, referências a essas declarações em seu preâmbulo, demonstrando, solenemente, a importância que tem na ordem constitucional francesa. Não é fácil de se passar do exame de suas perspectivas como princípios gerais, ao seu valor prático. Muitas vezes depende do legislador e de sua vontade em precisar estas disposições teóricas. Durante muito tempo, considerou-se que as autoridades não estavam senão, moralmente, ligadas pelo conteúdo de suas declarações. Depois de muito tempo, antes mesmo da Constituição de 1958, o direito das liberdades era elaborado por via legislativa e por via jurisprudencial. A grande inovação da Constituição de 1958 foi, permitir pelo controle de constitucionalidade, chegar-se a dar um valor jurídico positivo ao conjunto de disposições contidas nas declarações de direito.

A tradição reforçou o valor positivo das declarações no que se refere aos princípios consagrados. A ordem constitucional francesa repousa sobre o respeito do direito e em particular ao direito da Constituição. Os princípios colocados pelas declarações de direito, mesmo que tenham o seu reconhecimento como regras morais, impõem-se ao poder constituinte. Sendo o poder executivo submetido ao controle do juiz, deve indicar os motivos e demonstrar o respeito aos princípios colocados pelas declarações. O Poder Legislativo, durante anos, era considerado,

---

7 Relazione al Convegno "Il Diritti umani come diritti costituzionali", Perugia, 10.11.1989; BARILE, Paulo. Liberta, Guistizia, costituzione, Cedam, Casa Editrice Dott, Antonio Milani, Padova, 1993.

8 GIORGIANNI, M. Lê norme sull´affitto com cânone in cereali. Controllo di constituzionalità o "ragionevolezza" delle norme speciali? Em Giur. Cost., 1962; ESPOSITO, C. La Corte costituzionale come giudice della "non arbitrarietà" delle leggi, em Giur. Const. 1962; PALADIN, L. Corte costituzionale e principio generali d´eguaglianza: aprile 1979-diciembre 1983, em Scritti su "la giustizia costituzionale", em onore di V. Crisafulli, 1985, I. FERRARA, G. em La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bolancio di vent´anni di attività, a cura di Nicola Occhiocupo, Bologna, 1978.

9 RIVERO, J. Lês Libertes publiques, t. 1, Lês Droits de l´homme, PUF, coll. Thémis, 7ª ed., 1995. ROBERT J. e DUFFAR, J. Droits de l´homme et libertes fondamentales, 5ª ed., Montchrestien, 1994. SUDRE, F. Droit international et européen dês droits de l´homme, 3ª ed., PUF, coll. Droit fondamental, 1997.

unicamente, sobre o plano moral, com a ausência de controle de constitucionalidade, exercendo ele mesmo o controle da constitucionalidade, a exceção da irreversibilidade, de conformidade com o artigo 91 do regulamento da Assembléia nacional. A partir do início do século XIX, desenvolveu-se uma legislação positiva, no que diz respeito à aplicação dos princípios contidos nas declarações de, direito, como os referentes à legislação sobre a imprensa e às associações antes de 1940. Posteriormente, o conjunto da legislação sobre os direitos econômicos e sociais, revigora-se após 1945.

Capitant[10], tratando do costume constitucional, acentua o respeito do legislador aos princípios das declarações de direito, como um dos domínios evidentes da interpretação do costume constitucional, que impõe ao legislador o respeito e o desenvolvimento do conteúdo das declarações. Entretanto, é essencialmente a autoridade judiciária que se incumbe, durante longos anos, à responsabilidade de traduzir em direito positivo o conteúdo das declarações, pelo controle exercido sobre a ação do executivo.

Compreende-se a relação entre o juiz e o respeito do Direito Constitucional das liberdades. Na França, como obra do juiz, principalmente do juiz administrativo, no que diz respeito ao direito das liberdades, pelo poder executivo, tornou-se uma construção sólida e viva.

Alguns princípios foram colocados pela jurisprudência administrativa, quando se entendia que certos entraves às liberdades resultavam sobretudo da ação do poder executivo, através das autoridades administrativas. Era, então, essencialmente, o juiz administrativo que se incumbia de proteger os cidadãos contra as violações de suas liberdades. O juiz judiciário, como guardião tradicional da liberdade individual, agia com certa prudência na contribuição à construção desse edifício constitucional.

Os princípios jurisprudenciais estão livres das circunstâncias de direito e das de fato. As situação de direito configuram a forma do controle do juiz que é exercida a partir da afirmação da dependência do direito positivo e das declarações de direito. O controle da legalidade ocorre com a presença de uma vontade expressa pelo legislador, sendo que a submissão aos princípios gerais do direito, com a ausência de toda norma que não seja as declarações de direito. A aplicação jurisprudencial desta regra permitiu a adaptação dos direitos e liberdades à evolução da vida social, em ocasiões em que surgem os conflitos entre liberdade individual e direitos sociais. O controle da regulamentação administrativa geral intervém no domínio das liberdades, no caso de ausência da legislação (arrêt Dehaene, Droit de greve dans Ia fonction publique). As circunstâncias de fato configuram-se pelo respeito das liberdades pela ação administrativa, mesmo quando a Constituição ou a lei permite à administração agir de maneira excepcional, além das regras habituais em casos de: o direito em tempo de crise; jurisprudência relativa ao artigo 16 da Constituição (arrêts Rubin de Servens et d'Oriano); jurisprudência relativa aos poderes delegados (art. 38, arrêt Canal).

Os limites da ação do juiz, apesar da amplitude de sua importância, no que concerne à Constituição Jurisprudencial, provoca limites: no que se refere a questões de prazo, que pode privar as decisões de entrarem em fase de execução; a resistência do poder executivo e administrativo em obedecer a injunção do juiz. Destaca-se a validação pelo poder legislativo das medidas anuladas pelo Tribunal, em conseqüência do I'arrêt Canal.

Apesar desses limites, a Jurisprudência administrativa e judiciária construíram um verdadeiro corpo de direito positivo, assegurando o respeito dos direitos e liberdades contidas nas declarações. Esta construção conclui-se pela intervenção do Conselho Constitucional.

---

[10] CAPITANT, H. La countume constitutionelle: Ver. Dr. Publ. 1979.

O controle de constitucional idade e a consolidação desse edifício, no sistema francês, assenta-se no nível consagrado pelas declarações de direitos e de seu conteúdo. Os grandes princípios foram fixados pela decisão do Conselho Constitucional, 16 de julho de 1971. Este Conselho constitucionalizou e deu valor de direito positivo às declarações de direito e aos princípios gerais do direito, necessários a precisar sua aplicação. A construção jurisprudencial tomou-se possível, desenvolveu-se, plenamente, em relação ao executivo.

O legislativo deve respeitar a Constituição e o conteúdo das declarações, cumprindo os princípios gerais do direito, como o da lei de 1901, sobre as associações, traduzidos em leis que adquirem força constitucional. Percebe-se a constitucionalização do "costume constitucional", evocado por Capitant. Os direitos das liberdades são assim completados e todos poderes constitucionais lhe estão submetidos, destacando-se o papel dos Tribunais ou Cortes constitucionais.[11]

O exame do conteúdo das declarações são feitos a partir dos princípios colocados pelo Conselho Constitucional, que enriquece o conteúdo das declarações da seguinte maneira: assegurando o respeito de seu caráter de direito positivo, submetido ao direito constitucional e aos seus procedimentos, competência do legislador, competência de ordem judiciária, guardião das liberdades, conforme decisão do Conselho Constitucional de 28 de novembro de 1973 e 12 de janeiro de 1977. Na determinação do conteúdo de certas liberdades instituídas sob a forma de disposição geral, convém destacar algumas decisões como: Conselho Constitucional, 15 de janeiro de 1975, Liberdade de Consciência; 30-31 de outubro de 1981, liberdade de expressão; 23 de novembro de 1977, Liberdade de Ensino. Adotando-se os conteúdos relativos dos direitos que podem se opor as necessárias evoluções do direito (Conselho Constitucional) 16 de janeiro de 1982, Direito de Propriedade e Nacionalização; decisão de 15 de janeiro de 1975 sobre a interrupção da gravidez e a liberdade de consciência.

O controle exercido pelo Conselho Constitucional tem diversas conotações, com o coroamento de um edifício que tem início com a Constituição de 1958, onde a jurisprudência não se restringe a uma visão apenas jurídica, desde que modifica sensivelmente o funcionamento do conjunto dos poderes públicos, por sua força particular e a precisão de seu conteúdo. A força das decisões do Conselho constitucional, ampliam, contrariamente, a construção jurisprudencial anterior, desde que o Conselho Constitucional passa a ter uma autoridade suprema, nos termos do artigo 62 da Constituição, que todas as autoridades devem obedecer. As decisões do Conselho constitucional são de conformidade com a Constituição rápidas, desde que são tomadas a priori antes da entrada em vigor da norma, circunstância que reforça sua eficácia.

A precisão dessas decisões não tem como objetivo limitar as funções do legislador, nem transferir o conteúdo normativo do direito das liberdades apenas ao juiz constitucional. A lei permanece como a expressão da vontade geral. Ele tem o poder de revogar uma legislação declarada, conforme a Constituição (Conselho Constitucional, 19-20, janeiro de 1981, lei de seguridade e liberdade e ab-rogação de lei, 10 de junho de 1986. O Conselho Constitucional não está atentado igualmente a enquadrar a jurisprudência e dotar indiretamente de injunções os tribunais. Surgem aí questões sobre competências do Conselho Constitucional, Conselho de Estado e a Corte de Cassação. Os Tribunais Constitucionais, com suas decisões, realizam profundas transformações no constitucionalismo contemporâneo.

---

[11] AJA, Eliseo. Lãs tensionesentre el Tribunal Constitucional y el legislador em la Europa Actual, Madrid, Ariel, 1998; ESTEBAN, Jorge de. & GONZÀLEZ, Trevijano. Curso de Derecho Constitucional Español, Madris, Complutense, 1994, 3 tomos; GONZÁLEZ-TREVIJANO, El Tribunal Constitucional, Elcano (Navarra), Ed. Aranzadi, 2001; JUTTA, Limbach. Papel y poder del Tribunal Constitucional, Madrid, Ariel, 19998, PEREZ ROYO, Javier. Tribunal Constitucional y División de Poderes, Madrid, Tecnos, 1998; RAQUEJO PAGÉS, J. L. Comentários a la Ley Orgânica del Tribunal Constitucional, Ed. TC, Madris, 2001; VILLAVON, Pedro Cruz. La Formación del Sistema Europeo de Control de Constitucionaliada, Madrid, centro de Estúdios Constitucionales, Madrid, 1987.

A abundância de decisões do Conselho Constitucional em matéria de direitos e liberdades, garantidos pelo preâmbulo da Constituição Francesa, mostra toda a construção jurídica anterior. A doutrina lembra, além da França, a maior parte dos países ocidentais, onde existe o controle de constitucionalidade, como nos Estados Unidos, na República Federal da Alemanha e na Itália.

Os direitos e as liberdades enriquecem-se por sua inclusão na ordem interna e no direito internacional, destacando-se a Convenção Européia dos direitos do homem e os princípios do direito da União Européia. Para o cidadão é essencial que suas liberdades sejam garantidas e que eles possam encontrar, sempre, recursos para impedir sua violação.

A compreensão da natureza da jurisdição constitucional, inclusive no que se refere à concepção de lei, tem tido diversos questionamentos que procuram examinar o conteúdo da lei no sentido formal e no sentido material, expondo a correlação entre formas e substâncias. Essas reflexões sobre a teoria geral da lei possibilita a compreensão das questões ligadas à legitimidade e à ilegitimidade da lei, na compreensão de sua materialização formal e substancial. A compreensão da Corte constitucional e suas atribuições é necessária para um exame profundo da jurisdição constitucional da liberdade, quando se examina as determinações concretamente necessárias para dar vida à Corte constitucional e assegurar o seu funcionamento. A natureza das atribuições da Corte constitucional parte da compreensão de sua estrutura como órgão jurisdicional. A eficácia substancial das decisões, através da sentença constitucional, está vinculada à compreensão da natureza da jurisdição constitucional, da liberdade.[12]

A compreensão da jurisdição constitucional depende de uma definição doutrinária de direitos e liberdades, termos antigos e largamente consagrados na linguagem jurídica. Os direitos no sentido plural são apreciados em sua relação com o direito no seu sentido singular. Os juristas romanos já conheciam o ius (o direito) e iura (os direitos).[13]

A compreensão clássica das noções de direito, no que se refere aos direitos naturais e aos direitos civis ou positivos, sofreu diversas mudanças, reconhecendo que todo cidadão ou todo ser humano possui a qualidade de direitos naturais. Ausente das primeiras declarações de direitos na Europa, essa doutrina foi consagrada largamente no fim do século XIX, inicialmente por certos Estados Americanos, e em seguida pela França com a Declaração Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de outubro de 1789. A declaração de direitos do Estado de Virgínia, em junho de 1786, afirma em seu artigo 10 que todos homens nascem igualmente livres e independentes, possuindo certos direitos essenciais e naturais como os direitos à vida e à liberdade.[14]

Desde a Carta Magna decorrente do acordo com o rei João, no ano de 1215, a Petição dos direitos acordados por Charles I, no ano de 1628, do ato de Habeas Corpus de Charles 11, em 1679, o Bill of rights, de 03 de fevereiro de 1689, permaneceu a preocupação com o tema dos direitos e liberdades fundamentais.

Na França a maior parte das constituições sucessivas consagram as declarações de direitos e às vezes os deveres naturais, como a Constituição de 02 de setembro de 1791, no mesmo sentido a Constituição de 24 de junho de 1793, a Constituição de 5 frutidor, no ano 3, a Constituição de 04 de novembro de 1848, no Preâmbulo, a Constituição de 26 de outubro de 1946, no

---

[12] REDENTI, Enrico. Legittimità delle Liegittimità delle Leggi e Corte Costituzionale, Quaderni dell´Associazione Fra Gli Studiosi del Processo Civile, XII, Milano, Dott. A. Giuffrè – Editore, 1957.

[13] CARBONIER, J. em Flexible droit, Paris, 8ª edição, LGDJ, 1995; DABIN, J. Lê Droit subjectif, ed. Dalloz, 1952.

[14] SÉRIAUX, V. A. Lê Droit naturel, PUF, "Que sais-je", nº 2806, 1993; VILLEY, M. Lê Droit et lês droits de l´homme, PUF, coll. "Question", 1983; MADIOT, Y. Droits de l´homme, 2ª ed., Masson, 1991, MORANGE, J. Droits de l´homme et libertés publiques, PUF, "Droit fondamental", 4ª ed., 1997, n. 25; BRAUD, Ph. La natios de liberte publique em droit français, Bibl. Dr. Pub., t. 76, LGDJ, 1968, pref. G Dupuis; BURDEAU, V. G. Lês libertés publiques, 4ª ed., LGDJ, 1972; BONNAR, R. Lês droits subjectifs dês administres, RPD, 1932; PAIVA, M. –L. Élements de réflexion sur la notion de droit fondamental, Petites Affiches, 1994, n. 54; PERRET, A. La personne humaine dans l´ordre du droit, em Mélanges B. de la Gressaye; SÉRIAUX, A. La dignité humaine, príncipe universel du droit? em Acta Philosophica, Revista internazionale di filosofia, 1997-2.

Preâmbulo. No direito comparado vamos encontrar o tema na lei fundamental de 23 de maio de 1949 na Alemanha, título I, os direitos fundamentais, na Constituição espanhola de 29 de dezembro de 1978, bem como em diversas constituições que consagraram o título sobre direitos e deveres fundamentais.

Na elaboração de uma Teoria Geral dos Direitos e Liberdades Fundamentais é necessária a aplicação da Jurisdição Constitucional das Liberdades, de onde surgiram vários elementos que visaram preestabelecer os direitos naturais e imprescritíveis, como a liberdade, a propriedade, a vida, a segurança e a resistência a opressão.

As liberdades apresentam diversos conteúdos que levam a uma compreensão monista do direito, onde são tratados os vários conteúdos necessários ao desenvolvimento da cidadania. É nesse sentido que surge a Carta dos Direitos da Família de 22 de outubro de 1983, que consagra os direitos fundamentais próprios a esta sociedade natural e universal que é a família.

Os direitos aparecem na história moderna como prerrogativas individuais, mesmo em nossos dias onde as liberdades são pensadas sob a perspectiva individual, consagrada nos termos "direitos" e "liberdades". Os direitos são prerrogativas exigíveis, que requerem uma prestação determinada.

As definições conjugadas e os ensaios de uma articulação dos dois temas, levam à compreensão de seu reagrupamento, sob um mesmo título geral que consagra direitos e liberdades. Esta vinculação tem um valor apenas enunciativo, ela enuncia a inclinação natural dos direitos e liberdades que se conjugam. Os direitos são as liberdades estritamente pré-orientadas ou predeterminadas. Seu conteúdo não é nem variável, nem negociável entre as pessoas que se situam nesta relação.

Os direitos às liberdades reconhecem que essas liberdades não surgem apenas da constatação oficial de sua existência, mas estão vinculados às suas proteções e do reconhecimento desses. A proteção jurisdicional é essencial para a concretização dos direitos e liberdades reconhecidos em constituições, em convenções e outras normas, de qualquer natureza, desde que tem como objetivo essencial a salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

A expressão "fundamentais", quando tratamos de sua origem e dos significados de "direitos e liberdades" é um passo essencial na evolução do processo democrático. Historicamente, os termos "fundamental" ou "fundamentais" não aparecem em disposições jurídicas positivas, apenas recentemente. O preâmbulo da Constituição francesa de 27 de outubro de 1946 evoca ao lado dos direitos e liberdades do homem e do cidadão, consagrados pela Declaração dos Direitos de 1789, aqueles que são formulados de conformidade com os "princípios fundamentais" reconhecidos pelas leis da República, a declaração universal dos direitos do homem, adotada pelas Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, emprega em seu preâmbulo a expressão "direitos fundamentais" ou também a de "direitos do homem" e "liberdades fundamentais".[15]

O Conselho Constitucional da França evoca o tema, com uma decisão de 22 de janeiro de 1990, fornecendo uma noção de direito fundamental, com base em dois pontos complementares, o essencial e o existencial. O aspecto essencial, quando se trata da qualificação de direitos fundamentais está ligado aos direitos e liberdades, que tem caráter essencial para toda a vida social. Os direitos e liberdades fundamentais são construídos em uma lista aberta que consagra os valores consubstanciais da vida humana em sua dupla componente física (seguridade, liberdade de ir e vir e integridade física) e ainda as de ordem psíquica, pensamento, expressão,

[15] Sous la direction de Guillaume Drago. Bestien François. Nicolas Molfessis. Obra Coletiva. La Légitimité de la Jurisprudence di Conseil Constitutionnel. Droit Public. Droit prive- Secience Politique. Prefácio de Georges Vedel. Études Juridiques, Paris, 1999; FOILLARD, Philippe. Droit Constitutionnel et Institutions Politiques. Centre de Publications. Aunée Universitaire 1999-2000, Paris, p. 346 e ss.

intimidade, convicções. A Convenção Européia não faz menção do direito de propriedade entre os direitos e as liberdades fundamentais. Os direitos e liberdades fundamentais têm caráter constitucional, dotados por princípios de valor constitucional. É constitucional aquilo que participa da confecção das estruturas essenciais de uma determinada sociedade, isto é, tudo aquilo que é constitutivo. A Convenção européia de salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais afirma em seu preâmbulo que a manutenção das liberdades fundamentais repousa sobre um regime político verdadeiramente democrático.

A concretização das regras jurídicas realiza equilíbrios entre a diversidade dos direitos, conforme a jurisdição constitucional contemporânea, que, através de seu dinamismo, renova as avaliações em torno da compreensão dos direitos e liberdades individuais, em uma pluralidade de regimes políticos contemporâneos, que muitas vezes apresentam características ideológicas diferenciadas.[16]

As dimensões referentes aos direitos e liberdades fundamentais estão vinculadas às noções de pessoa humana e dignidade humana. Devido a elas, os direitos e liberdades são reconhecidos e proclamados, sendo que também, em grande parte por elas são denominadas ou qualificadas de fundamentais. Devem ser precisados, a propósito de todas as pessoas humanas, sejam elas tomadas individual ou coletivamente. O homem, no singular, isto é, tomado individualmente, decorre, historicamente, da consagração de direitos e liberdades que aparecem nas disposições nacionais e internacionais em benefício das pessoas humanas concretas e singulares. As primeiras declarações dos direitos do homem visavam a todos, mas sonhavam além de suas perspectivas individuais. Certas declarações interessam-se por categorias particulares de pessoas humanas, consideradas como merecedoras de um tratamento adequado, como as mulheres e as crianças. A questão do embrião para a qual existe uma declaração de direitos do embrião humano, encontra amparo em certas disposições nacionais ou internacionais, que visam assegurar certa proteção.

As pessoas humanas estão engajadas em coletividades mais ou menos formais, pelo que decorrem daí as pessoas jurídicas ou morais. A afirmação de direitos e liberdades fundamentais exige o reconhecimento deste gênero de personalidade fictícia.[17]

As matérias referentes às liberdades e direitos fundamentais oferecem, nos dias de hoje, um conjunto de questões que tomam cada dia mais significativos.

O domínio da proteção dos direitos e liberdades humanas é um fenômeno novo, quando questionamos o sistema de ações que provêem desde o direito romano, em seu período clássico, e conservou, ainda, nos direitos decorrentes da Common Law. Os direitos e liberdades fundamentais fazem parte de uma enumeração limitativa, prevista pelas leis ordinárias, constitucionais ou convenções internacionais, não havendo lugar para um direito ou uma liberdade, no sentido jurisprudencial contemporâneo.

Com o tempo surgiram jurisdições encarregadas, de decidir sobre as violações aos direitos e liberdades, fazendo referência direta à dignidade humana, com o objetivo de torná-los efetivos.

O reconhecimento dos diversos estados da elaboração da noção de direitos e liberdades fundamentais, valoriza o princípio da dignidade humana, como fonte autônoma dos direitos e

---

[16] KOUÉVI, A. Le déclarations non occidentales dês droits de l´homme, RRJ 1995, 629; ROULAND, N. La doctrine juridique chinoise et lês droits de l´homme: une perspective anthropologique, RUDH, março, 1998.

[17] SÉRIAUX, A. Lês Personnes, PUP, Paris, 2ª edição, "Que sais-je?", nº 2680; idem, L ´octroi de la personnalité juridique à dês groupments de personnes est d´ordinaire la meilleuse garante de certaindes libertés: de se syndiqués ou de s´associer, por exemplo; Ast. 16 C. Civil francês: "lei garante o respeito do ser humano desde o começo de sua vida; art. L. 152-7 CSP – O embrião humano não pode ser concebido, nem utilizado para fins comerciais ou industriais; art. 152-8 CSP: a concepção *in vitro* de embriões humanos, com a finalidade de estudos, de pesquisa ou experimentação é proibida (al. 1); Toda experimentação sobre o embrião é interditada (al. 2); em certas condições, teoricamente limitadas, a interrupção voluntária da gravidez é expressamente permitida; SÉRIAUX, A. Infans conceptus, em Lê Droit, la médicine et l´être humain, PUAM, 1996; CABALLERO, F. Essai sur la notion juridique de nuissance, Bibl. Dr. Prive, t. 163, LGDJ, 1981.

liberdades. Nas declarações escritas nacionais ou internacionais, dos direitos e liberdades, a dignidade humana surge como fundamento último da consagração desses.

Com as jurisdições encarregadas de pronunciar sobre as violações dos direitos e liberdades, deu-se novo significado à dignidade humana, com o objetivo de consagrar os novos direitos ou liberdades não expressamente enumerados pelas disposições escritas em vigor. Os Tribunais Constitucionais passaram a enumerar, alguns de maneira não limitativa, um "conjunto de princípios": primado da pessoa humana, respeito ao ser humano desde a concepção, inviolabilidade e integridade, a ausência do caráter patrimonial do corpo humano, integridade da espécie humana, todos objetivando assegurar o respeito ao principio constitucional da salvaguarda da dignidade da pessoa humana.

As teorias modernas do Estado passaram a considerar os direitos e liberdades em uma sociedade global, com atenção para as relações dos mesmos nas relações de autoridade[18]. O regime de proteção dos direitos e liberdades fundamentais passaram a ter proteção constitucional, por meio da repartição das competências jurisdicionais, através da construção do "bloco de legalidade", do recurso ao "bloco de constitucionalidade", com a proteção das jurisdições de ordem interna, os meios civis de proteção dos direitos e liberdades e na ordem internacional.

Os modelos e missões da justiça constitucional, nos dias de hoje, assentam-se no reconhecimento de duas grandes fórmulas: o americano e o europeu, sendo que as atribuições do juiz constitucional são variadas, conforme o país.

No seio do Estado existe, geralmente, a hierarquia das regras jurídicas, quando se compreende que existem normas superiores que se impõem às normas inferiores. Esta hierarquia pode ser analisada como uma pirâmide, isto é, um edifício de vários degraus, na compreensão de Kelsen. O sentido jurídico da justiça constitucional é o de garantir a repartição de competência entre legislação ordinária e legislação constitucional. Ela faz das regras constitucionais como normas juridicamente obrigatórias, verdadeiras regras de direito que acarretam uma sanção. Sem elas, a Constituição não passa de um programa político, a rigor de serem obrigatoriamente morais, como se fossem regras de bons conselhos a serem usados pelo legislador, mas que eles estariam juridicamente livres em levá-las em conta. A Justiça Constitucional transforma-as em normas verdadeiramente jurídicas. A Constituição deve ser, somente, a regra suprema (Charles Eisenmann).

A doutrina reconhece, apesar das diversas vertentes, dois modelos de justiça constitucional, como destaca M. Cappelletti e L. Favoreau, o modelo europeu ou austríaco e o modelo americano, entretanto, seus resultados são finalmente comparados, particularmente em decorrência da constitucionalização de certo número de direito e liberdades, bem como com o desenvolvimento da jurisprudência constitucional.

O controle de constitucionalidade suscita um debate, bem polêmico, sobre os poderes do juiz constitucional e a legitimidade de sua ação.[19]

Indaga-se, primeiramente, se os poderes do juiz constitucional são exorbitantes. Chega-se a contestar a latitude da interpretação do juiz constitucional, que para alguns não é claramente definida. Vê-se, em muitos casos, um amplo poder de interpretação. O juiz constitucional pode, verificando a conformidade da lei à Constituição, declarar válida, censurar, paralisar sua aplicação ou indicar ao legislador as condições sob as quais ela deve ser interpretada ou aplicada. Por uma interpretação "construtiva", ele pode indicar os elementos não contidos na lei. Ele participa do processo de fabricação da lei, tornando-se um legislador negativo ou positivo.

---

[18] SÉRIAUX, Alain. SERMET, Laurent. VIRIOT-BARRIAL, Dominique. Droit set libertés fondamentaux, Ellipses, Paris, 1998, CRFPA-ENM.

[19] DOMINIQUE, Chagnollaud. Droit Constitutionnel contemporain, Sirey, Paris, 1999.

Os direitos e liberdades, em princípio, são indicados na Constituição e em seu preâmbulo ou nas declarações de direitos. Tal circunstância não impede os direitos descobertos pelo juiz constitucional. As Constituições não procedem, sempre, uma enumeração exaustiva da listagem dos direitos e liberdades. A Constituição americana afirma que a enumeração de certos direitos não será interpretada como denegatórios ou restritivos de outros direitos consagrados pelo povo (IX Emenda).

As Cortes constitucionais podem reconhecer ou descobrir os direitos não escritos. Esta descoberta, pelo juiz constitucional, a partir de certos textos antigos ou pela ausência de texto, dá uma latitude de interpretação incontestável ou mesmo a possibilidade de poder de conciliação entre os próprios textos.

As garantias jurisdicionais dos direitos e liberdades podem ser apreciadas e distinguidas conforme sejam observadas no direito internacional e no direito nacional. Elas apoiam-se nos direitos do juiz e nos direitos de defesa, iniciados pela tradição anglo-americana, consagrados na Europa como princípios constitucionais adotados pela Convenção européia dos direitos do homem.

No entendimento de Cappelletti todas as manifestações da justiça constitucional podem reduzir-se à função de tutela e atuação judiciária dos preceitos da supremacia da lei constitucional.

Para Hector Fix-Zamudio, a denominação de jurisdição constitucional deve reservar-se, em sentido próprio, os instrumentos de garantia ou de justiça constitucional que se conferem a organismos judiciais estritamente considerados, e com mais rigor ainda, quando os mesmos possuem caráter especializado, isto é, quando são tribunais constitucionais.

A Jurisdição Constitucional da liberdade[20] é a atividade jurisdicional destinada à tutela das normas constitucionais que consagram os direitos fundamentais da pessoa humana. Seu exercício ocorre por meio de um conjunto de instrumentos jurídico-processuais destinados a levar à apreciação dos Tribunais de questões que suscitam a infringência dos direitos humanos fundamentais.

A denominação consagrada por Cappelletti decorreu da existência de instrumentos específicos que existem em alguns países europeus.

O recurso constitucional consiste no meio da reclamação jurisdicional, perante o Tribunal Constitucional Federal, propiciando ao cidadão a tutela de seu direito fundamental ou perante alguma situação subjetiva constitucional que foi lesada por ato de autoridade pública.

O precedente histórico e vigente, para Cappelletti, provém da Suíça, contra ato legislativo, executivo e jurisdicional da autoridade cantonal. A introdução, na Constituição, seria de um recurso jurisdicional para tutela de direito constitucional do indivíduo foi promulgada em 1831, em um projeto de Constituição Federal e de Pellegrino Rossi, no projeto de um "Corte de Justiça Federal", em 1837, no Projeto da Constituição Federal:

> "Art. 22 de Projeto - O Tribunal federal supremo e árbitro encarregado das garantias constitucionais, decorrentes dos direitos dos cidadãos e dos governos, impedindo-se toda violação às leis cantonais ou federais."

A projeção da justiça constitucional, desde a sua consolidação no modelo norte-americano e do modelo europeu, ganhou maior projeção no desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo, com a definição adequada dos pontos essenciais do Processo Constitucional. Ao lado dessas novas mutações, desenvolveu-se a teorização da principiologia e dos valores, com discussões sobre a legitimidade da justiça constitucional e a posição do juiz constitucional. Nesse

[20] CAPPELLETTI, Mauro. La giurisdizione costituzionale delle libertá, Milano, Giuffrè, Editore, 1974; CASTRO, José Luis Cascajo. La jurisdicción Constitucional de la Libertad, separata nº 199 da Revista de Estidios Políticos, Madrid; SEGADO, Francisco Fernandez. La teoria jurídica de los derechos fundamentales em la doctrina española", El Derecho, 10/II/94; CAMPOS, German J. Bidart. Constitución y Derechos Humanos, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1991; idem, La interpretación del sistema de Derechos Humanos, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1994.

período vários países como a Croácia, a Eslovênia, a Eslováquia, a República Checa, a Hungria, a Bulgária e a Romênia passaram a inscrever em suas novas constituições o controle de constitucionalidade das leis e a criação de cortes constitucionais.

Com aprofundamento das temáticas essenciais relacionadas com a Jurisdição Constitucional e o Processo Constitucional, que passou a dar grande relevo às liberdades, surgiram diversos estudos que tiveram como objetivo apresentar as categorias das decisões constitucionais, bem como os efeitos dessas manifestações e o significado protetor das jurisprudências constitucionais.

A recepção do modelo americano e do modelo europeu, gerou o aparecimento de novas técnicas, inclusive na questão da justa posição dos procedimentos concretos e dos procedimentos abstratos. Os procedimentos concretos da justiça constitucional geraria diversas situações, destacando-se entre elas o recurso individual por violação de um direito constitucionalmente garantido. Os procedimentos concretos perante as Cortes constitucionais, também geraram teorias e jurisprudência sobre o recurso individual, como proteção de um direito constitucionalmente garantido. Nesses estudos examina-se a posição dos sistemas dos países da common law e os países do direito romanista, inclusive no que se refere ao nível de uma proteção internacional.

Os procedimentos abstratos da justiça constitucional perante as Cortes passaram a destacar aspectos como: os conflitos entre poderes públicos; os conflitos entre órgãos constitucionais; os conflitos entre coletividades públicas; os conflitos entre regras de direito (controle abstrato anterior às regras do direito e controle abstrato entre regras de direito posteriores) .

A influência crescente da justiça constitucional elevou os índices da teorização e da prática dessas com exame de questões como: a influência sobre o legislador (intensidade do controle, controle de elaboração da lei, controle do conteúdo da lei e a carência do legislador). As sanções do controle foram examinadas em diversas formas de sanções nos procedimentos concretos, nos procedimentos abstratos, nos procedimentos de caráter misto.

Ao mesmo tempo, passou-se a destacar as conseqüências dos procedimentos abstratos e concretos, onde ressalta a violação indireta da Constituição e a violação direta da Constituição.

A justiça constitucional influenciou de maneira profunda sob as novas concepções dos direitos do homem, com reflexos intensos nos princípios de interpretação: interpretação fundada sob a vontade do constituinte; interpretação assentada sob a idéia de proteção completa dos direitos do homem.

Ao lado dessas novas orientações do constitucionalismo contemporâneo profundamente dinamizado pela Justiça Constitucional e pelo Processo Constitucional, foram sendo destacados os requisitos dos princípios de interpretação, onde ressaltamos a interpretação das regras substanciais: liberdade e igualdade; a interpretação das diferentes liberdades; a interpretação do princípio de igualdade; a interpretação das diversas garantias de direitos; as autoridades legislativas e judiciárias como guardiãs dos direitos do homem; as garantias fundamentais de uma boa justiça e de uma boa administração.[21]

Os princípios da liberdade e da igualdade passaram a ter grande significado, à proporção que a Jurisdição Constitucional promoveu uma nova elaboração dos direitos fundamentais.

Desde o florescimento da Jurisdição Constitucional da Liberdade, os princípios da liberdade e da igualdade assumiram papel de relevo, considerando-se o seu relacionamento com a jurisdição constitucional, promovendo o crescimento das reflexões jurídicas. A Corte federal da Alemanha

[21] ROUSSEAU, Dominique. La justice constitutionelle em Europe, Politique Clefs, 2[edição, Montchrestien, Paris, 1996; FROMONT, Michel. La justice constitucionnelle dans lê monde, connaissance du Droit, Droit Publique, Dalloz, Paris, 1996; SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição Reinventada. Pela Jurisdição Constitucional.Del Rey, Belo Horizonte, 2002.

passou a interpretar formas especiais do princípio da igualdade, através da concretização de um só e mesmo princípio, o princípio geral da igualdade. Esta unidade de aplicação corresponde aos métodos jurisprudenciais idênticos, que visam controlar a regularidade das leis e dos atos administrativos individuais.

O artigo 3.1 da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, dispõe que todos os seres humanos são iguais perante a lei (Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich). É o sentido que configura o princípio da igualdade perante a lei, isto é, princípio geral da igualdade (allgemeiner Gleichheitssatz), estudado como princípio geral onde se distinguem os direitos especiais da igualdade (spezille Gleichheisrechte) e as igualdades particulares especificamente consignadas no texto constitucional.[22]

A criação do direito e a aplicação do direito foram vistas desde Adolf Merkl, que a partir de 1917, lançando os fundamentos da teoria da formação do direito por degraus (Stufenbaulehre), que será incorporada à teoria pura do direito de Kelsen. O fenômeno do direito não repousa na regra geral e abstrata. A lei geral e abstrata não envolve todo o fenômeno jurídico, mas é uma forma do processo da formação do direito, como primeiro estágio do edifício jurídico, coroado por inumeráveis decisões, injunções ou sentenças, bem como de todos os outros fenômenos jurídicos individuais, qualquer que sejam as normas aplicáveis. Abstrato ou concreto é uma espécie de dupla visão do direito (das doppelte Rechtsantlitz).

A interpretação do princípio da igualdade perante a lei[23] vem obtendo diversas formas de compreensão, por parte dos filósofos e teóricos do direito, como ocorre com Chaïm Perelman, que procura determinar as novas fronteiras do problemático espaço da igualdade.

A efetivação da Jurisdição Constitucional da Liberdade, além de ampliar seus tipos de procedimentos, propiciou nova fase das questões levantadas pela noção de direitos e liberdades fundamentais, inclusive com conceitos sobre liberdades públicas.[24]

A dimensão histórica dos direitos e liberdades fundamentais ampliou o conhecimento dos regimes de liberdades, propiciando a compreensão da evolução dos direitos e liberdades fundamentais, inclusive a vertente internacional e européia desses. Decorrem daí as particularidades da norma internacional de proteção dos direitos do homem e a questão da prevalência da norma internacional sobre o juízo nacional, não reciprocidade, aplicabilidade direta, direitos intangíveis, direitos condicionados, direitos indiretos ou o alargamento do acesso do direito de recurso.

A proteção dos direitos e liberdades fundamentais pelas Cortes Constitucionais criou várias formas de defesa, constatando-se a heterogeneidade da efetiva concretização desses.

O indivíduo, em sua esfera privada, passa a ter novas formas de defesa, como as referentes ao corpo humano e sua inviolabilidade e indisponibilidade.

Os direitos da personalidade são uma idéia moderna do direito, que atinge os segmentos da vida privada e da intimidade. Surgem os direitos singulares e suas diversidades, que passam a ser variados, fundamentais e extrapatrimoniais.[25]

---

[22] HESSE, K. Grundzüge dês Verfassungsrechts Bundesrepublic Duetschland, ed. Heidelberg, 1988, 16ª edição; KRUMPHOLZ, U. DerGleichhitssatz in französichen Recht, Frankfurt/ Main, Bern, New York, Paris, 1989; LEBEN, Ch. Le Conseil Constitutionnel et lê príncipe d´égalité devant la loi, RDP, 1982; RIVERO, J. Rapport sur lês notions d´égalité et de discrimination em droit public français, Travaux de l´Association Henri Capitant, t. XIV, Paris, 1965.

[23] RERELMAN, Ch. Egalité eu justice, em Lê Raisonnable et lê déraisonnable em droit, Paris, 1984; LEBEN, Ch. Lê Conseil Constitutionnel et lê príncipe d´égalité devant la loi, RDP, 1982; VILLIERS, M. de. Lê príncipe d´égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, Rev. Adm., 1983; JONANJAN, Oliver. Lê Príncipe D´Égalité Devant la Loi em Droit Allemand, Prefácio de Michel Fromont, Econômica, Paris, 1992.

[24] MORANGE, Jean. Lês Libertés Publiques Presses Universitaires de France, Paris, 1979, 6ª edição; TURPIN, Dominique. Lês Libertés publiques. Théorie générale de slibertés publiques. Regime juridique de chacune dês libertés publiques. Mementos. Gualino éditeur, Paris, 1996, 3ª edição; COLLIARD, caude-Albert. Libertés publiques. Dalloz, Paris, 1975, 5ª edição, Précis Dalloz.

[25] Sous la direction de Rémy Cabrillac, Marie-Anne, Roche, Thierry Revet. Droit set libertés fondamentaux. Obra Coletiva. Dalloz, Paris, 1996, 3ª edição.

O papel dos Tribunais Constitucionais, já acentuava Liebholz, é fundamental na elaboração do princípio técnico interpretativo, pelo qual não ocorre violação da Constituição. Existem diferentes interpretações possíveis de uma mesma lei, mas deve-se dar preferência àquela que seja compatível com a Constituição. As sentenças constitucionais devem-se assentar nestes entendimentos necessários à sua compreensão. O princípio da interpretação constitucional da lei (Verfassungskonforme Auslegung von Gosetzen), na Alemanha, corresponde ao dever de interpretar as leis (in harmony with the Constitution), nos Estados Unidos ou a "interpretazione della norma conforme alia constituzione", na Itáliá.[26]

Favoreu, dedicando-se à Teoria Geral da Justiça Constitucional, menciona o que denomina de "contencioso dos direitos e liberdades fundamentais", dizendo que a proteção dos direitos fundamentais está totalmente associada à instituição da justiça constitucional, principalmente, depois que a Suprema Corte dos Estados Unidos surge como defensora dos direitos e liberdades, aparecendo a tendência principal de sua projeção política e jurídica. Destaca-se, em suas reflexões, o reconhecimento da proteção direta ou indireta. O modelo de justiça constitucional norte-americano realiza o controle difuso, permitindo assegurar diretamente esta proteção. Não é o mesmo do sistema de controle concentrado europeu que se estende por várias partes do mundo.[27]

O papel ativo dos Tribunais Constitucionais revela-se, também, nas nascentes democracias da Europa Central e Oriental, na condição de garantes da ordem constitucional, mas de maneira específica são protetores dos direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição.[28]

Os direitos vigentes nos distintos Estados da Europa Central e Oriental podem ser examinados em quatro categorias: direitos expressamente reconhecidos no capítulo dedicado aos direitos fundamentais nas diferentes Constituições, destacando-se a amplitude de seu reconhecimento; direitos reconhecidos pelos Tratados internacionais incorporados pelas respectivas Constituições, na ordem interna; direitos reconhecidos nos textos, nas leis post constitucionais, porém de natureza constitucional, como a Lei Constitucional de Lituânia sobre os Direitos e as Responsabilidades do Homem e do Cidadão, de dezembro de 1991.

Esses Tribunais Constitucionais do Centro e do Leste Europeu espelharam-se no modelo kelseniano. São reconhecidos na justiça constitucional concentrada, em oposição ao modelo de controle difuso.

A ampliação das formas protetivas das liberdades e dos direitos ganharam com novos procedimentos constitucionais formas diversificadas de efetivação de direitos, inerentes à própria concretização de outros segmentos de atualização processual da Constituição como: o mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão.

Ocorrem situações em que as normas constitucionais de obrigatório e concreto desenvolvimento não têm sua aplicação eficaz.[29]

---

[26] PIZZORUSSO, A. Lãs sentencias "manipulativas" del Tribunal Constitucional italiano, em El Tribunal Constitucional, Instituto de Estúdios Fiscales, Madrid, 1981, vol. I; LLORENTE, F. Rubio. Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Juducial em el exercício de la jusrisdicción constitucional, Revista Española de Derecho Constitucional, n. 4, janeiro-abril, 1982; BULYGIN, Eugenio. Sentença juducial y creación de derecho, em La Ley; MONTELLA, Mario. Tipologia delle sentenze della Corte costituzionale, Maggiore Editore, Legale, RIMINI, 1992.

[27] FAVOREAU, Louis. Coordenador GAÏA, Patrick. GHEVONTIAN, Richard. MESTRE, Jean-Louis. ROUX, André. PFERSMANN, Otto. Socoffoni, Droit constitucionnel, Dalloz, Paris, 1998.

[28] BARTOLE, S. Riforme costituzionale nellÉurope centro-orientale, Bolonha, II Mulino, 1993; FAVOREU, L. Los Tribunales constiticionales europeus y derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estúdios Constitucionales, 1984; GONZÁLEZ RIVAS, J. J. La justicia constitucional: derecho comparado y español, Madrid, Editora, Revista de Derecho Privado, 1985; PEGORARO, L. Lineamenti di giustizia constituzionale comparata, Turín, Giappichelli Editore, 1998; TORRES PÉREZ, M. La giusticia constitucional em los países de la Europa Central y Oriental, Universidad de Valencia, 1997.

[29] FERNANDES RODRÍGUEZ, J. J. La inconstitucionalidad por omissión. Teoria general. Derecho comparado. El caso español, Madrid, Cívitas, 1998, LUQUE, Luis Aguiar. El Tribunal Constitucional y la Funcion Legislativa: El control del Procedimiento Legislativo y la Inconstitucionalidad por Omission, revista de Derecho Publico. Universidad Nacional de Educacion a Distancia, Madrid, n. 24, 1987; RUIZ, Maria Angeles Ahumada,

Ao adotarem suas Constituições, os países do Centro e do Leste Europeu proclamaram extensas listas de direitos fundamentais, sendo que uns são aplicáveis diretamente e outros necessitam de uma legislação posterior, pelo que passam a encontrar sua interpretação e defesa nos Tribunais Constitucionais.

Luigi Ferrajoli, dedicando-se aos direitos e garantias, menciona o "modelo garantista de democracia constitucional", no momento que propõe uma definição teórica, puramente formal ou estrutural dos direitos fundamentais. Considera direitos fundamentais todos aqueles direitos subjetivos que corresponderem universalmente a todos os seres humanos, enquanto dotados do "status" de pessoas ou cidadãos. Os direitos fundamentais estão ligados à cidadania e às respectivas garantias.

A igualdade e a diferença apresentam modelos de configuração jurídica, em que a igualdade é apresentada como norma e a diferença como fato. Para compreensão desta doutrina encontramos a igualdade em direitos, identidade, diferenças, desigualdades e discriminações, idéias complementares a uma Teoria Geral da Jurisdição constitucional das Liberdades,[30] que se efetiva, cada vez mais pela tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, que se opera pela concretização, coordenação e harmonização. A progressiva ampliação do catálogo dos direitos fundamentais e os direitos não enumerados vem possibilitando o surgimento de estudos sobre os Teorias dos Direitos Fundamentais.

A Constituição passa, também, a ser compreendida com um sistema de valores fundamentais, com princípios de justiça social e direitos econômicos e sociais, possibilitando uma rica jurisprudência dos Tribunais Constitucionais europeus, particularmente o da Alemanha que trabalha o conteúdo concreto dos direitos fundamentais, alimentado por velhas e novas teorias constitucionais. Parte daí a identificação das teorias dos direitos fundamentais em grupos: os direitos fundamentais são direitos de liberdades do indivíduo frente ao Estado, concebem-se os direitos e liberdades como direitos de defesa (Abwehrrechte), destacando-se o status negativus da liberdade, frente ou contra o Estado; teoria dos valores[31] ou teoria axiológica dos direitos fundamentais, que tem origem na teoria da integração, pela qual os direitos fundamentais são os representantes de um sistema de valores concretos, de um sistema cultural que resume o sentido de uma vida estatal contida na Constituição, neste indicativo é que se deve apoiar toda interpretação dos direitos fundamentais; a teoria institucional, pela qual os direitos fundamentais são compreendidos como direitos objetivos absolutos ou direitos subjetivos individuais, parte de uma interpretação própria do direito, no marco da teoria do sistema social e do método estrutural funcionalista, onde os direitos fundamentais da liberdade e dignidade têm importante função de proteger a esfera social contra as decisões de uma intromissão estatal que pode paralisar o potencial expressivo e simbólico comunicativo da personalidade;[32] a teoria multifuncional que procura superar a unilateralidade das diversas teorias dos direitos fundamentais, devido a pluralidade de fins e interesses sociais compreendidos pelo Estado constitucional; teoria

El control de constitucionalidad de lãs omisiones legislativas, Revista del Centro de Estúdios Constitucionales, 1991, n. 8; MORTATI, Costantino. Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi dek legislatore, em Problemi di Diritto Pubblico nell´attuale esperienza constituzionale reppublicana, Ed. Giuffrè, vol. III, Milão, 1972; SEGADO, Francisco fernandes. Los Nuevos retos del estado social para la protección de los derechos fundamentales, El Derecho, 22 y 25 de julio de 1994; FIX-ZAMUDIO, Héctor. La protección procesal de los derechos humanos ante lãs jurisdiciones nacionales, Ed. Cívitas, Madrid, 1982.

30 FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantias. La Ley del Más Débil, Editorial Frotta, Madrid, 1999; ROSENFELD, Michel. Constitucionalism, Identity, Difference, and Legitimacy. Theoretical Perspectives, Duke University Press, Durham and London, 1994; MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV, Direitos Fundamentais, Coimbra Editora, 2.000, 3ª edição.

31 DANTAS, Ivo. O valor da Constituição. Do controle de constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional. Renovar, Rio de Janeiro, 2001, 2ª edição, revista e aumentada.

32 LUHMANN, Niklas. Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt, Suhrkamp, 1993; idem, Grunrechte als Instition , Berlim, Duncker & Humbolt, 1974; idem, Precedimenti Giuridici e Legitimazione Social, a cura de Alberto Febbrajo, Giuffrè Editore, 1995.

democrático-funcional, concebe os direitos da pessoa em função dos objetivos e funções públicas do Estado constitucional como uma democracia deliberativa; a teoria jurídico-social, assentando-se na teoria dos direitos fundamentais, mostra a insuficiência da teoria individualista dos direitos. A evolução da Teoria dos direitos fundamentais é essencial para a efetivação da jurisdição constitucional das liberdades, conforme a rica doutrina e jurisprudência constitucional sobre a matéria.[33]

A Teoria da garantia processual, pela qual os direitos fundamentais são garantias processuais, decorre do direito de outorgar eficácia na aplicação e proteção concreta dos direitos humanos, aprofundando-se no status activus processualis, registrado por autores como Haberle e outros. Os direitos fundamentais são, de uma perspectiva prática, valiosos à medida que têm garantias processuais, que permitem acionar os Tribunais e a administração. A tutela dos direitos fundamentais, por meio do processo, conduz a que se assegure a tutela judicial efetiva dos cidadãos e a garantia do devido processo material e formal.[34]

A Constituição tolerante, a Constituição total e a interpretação da disciplina da liberdade são objeto de averiguação doutrinária, que promove questionamentos sobre a criatividade da interpretação e o conceito de valor. É nesse sentido que se indaga se a criatividade e a liberdade na interpretação judiciária pode substituir a ação política do legislador, na efetivação da Constituição total. Decorre daí, também, o balanceamento entre "interesse" e "valor", bem como o debate sobre "princípio" e "regra" na interpretação constitucional. Crisafulli atentou-se na compreensão de "princípio" e "norma precisa". A distinção entre princípio e regra aparece na doutrina crisafuliana, que realça o "enunciado" explícito, diferenciado do princípio. O fulcro da doutrina de Crisaffulli está na compreensão dos princípios expressos ou não expressos. A jurisprudência constitucional ressalta o papel de Zagrebelsky, quando discute a função integrativa,[35] que se estende na compreensão da hierarquia das normas constitucionais e sua função na proteção dos direitos fundamentais.[36]

A proteção constitucional dos direitos fundamentais propiciou o crescimento de ações constitucionais que se diversificam, no mundo da compreensão da Ação de Tutela que veio enriquecer o constitucionalismo da América Latina, apesar de suas deficiências de ordem prática, inclusive no que se refere à coisa julga da constitucional.[37]

A proteção constitucional dos direitos e liberdades fundamentais parte, atualmente, da compreensão de suas fontes, no plano internacional (a Carta da ONU, de 26 de junho de 1945) e do Pacto internacional relativo aos direitos civis e políticos de 16 de dezembro de 1966. No plano europeu, a Convenção européia de direitos do homem e das liberdades fundamentais de 4 de novembro de 1950 e ao Direito Comunitário promovem importantes acréscimos a estes direitos.

---

[33] HÄRBELE, Peter. La libertad fundamental en el Estado constitucional, Lima, Pontificia Universidad del Peru, Maestría em Derecho Constitucional, Fondo Editorial, 1997; ZAGREBELSKYK, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Madrid, Trotta, 1995; FIORAVANTI, Maurizio. Los derechos fundamentales, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Trotta, 1996; BÖCKENFORDE, Ernst- Wolfgang. Staat, Verfassung Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt, Suh Kamp, 1991; ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales, Madrid, CEC, 1997; PÉREZ LUÑO, Antonio. Derechos humanos, Estado de derechoy constituición, Madrid, Cívitas, 1997; COLAUTTI, carlos E. derechos humanos, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1995; LÓPEZ PINA, Antobio. La garantia constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, Espana, Francia e Itália, Madrid, Cívitas, 1992.

[34] VALLE, Rubén Hernández. Derecho Procesal Constitucional, Editorial Juricentro, Costa Rica, San José, 1995; GOZAÍNI, Osvaldo A. La Justicia Constitucional. Garantias, Processo y Tribunal Constitucional, Depalma, Buenos Aires, 1994.

[35] A cura di Roberto Romboli.La tutela dei diritto fondamentali devanti alle Corte costituzionalli, G. Giappichelli editore, Torino.

[36] COSTA, José Manuel cardoso del. La hiérarchie des normes constitutionnels as fonction dans la protection des droits fondamentaux, em RUDH, 1990; BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. Responsabilidade Civil por Danos ao meio Ambiente, del rey, belo Horizonte, 2000, pp. 24 e ss.

[37] SEGADO, Francisco Fernandes. La Jusrisdiccion Constitucional en América Latina. Evolucion y Problemática Desde la Independência Hasta 1979, CEDECU, Serie de Conferencias n. 1, Ingranusi Ltda., Montevideo, 2000; obra coletiva. Uma mirada a los tribunales Constitucionales. Lãs Experiências Recientes. Comisión Andina de Juristas. Konrad Adenauer – Stiftung. Serie Lectuas Constitucionales Andinas, n. 4. Peru, 1995.

No plano nacional, provém dos direitos escritos consagrados nas Constituições, dos direitos descobertos pelo juiz constitucional, onde são examinados os conteúdos dos direitos fundamentais. Estes são reforçados pela garantia jurisdicional que trata dos direitos e liberdades no direito internacional e da garantia jurisdicional dos direitos e liberdades no direito interno, destacando-se a proteção proveniente do juiz constitucional e a do juiz ordinário.[38]

O constitucionalismo norte-americano coloca no prelúdio de suas reflexões sobre "Bill of Rights", uma pergunta sobre a natureza desses, como fundamento das liberdades do povo. Os Bill of Rights incluem as provisões da Constituição original e as Emendas que visam proteger a liberdade individual, com limites à atuação do governo, tema que desde o início levou a grandes debates (Hamilton's View - Jefferson's View), com o triunfo dos direitos ali lançados, inclusive no que toca a sua aplicabilidade pelos Estados, com destaque para o papel do judiciário e as formas de concretização das liberdades.[39]

O desenvolvimento e a estrutura do sistema judicial federal irão elaborar profunda consolidação dos direitos individuais, através da mais minuciosa e profunda análise constitucional de direitos, que ressalta o papel da interpretação de uma Constituição, considerando-se as várias funções que exerce no Estado moderno. O exame do contexto constitucional, por intermédio da interpretação, leva à compreensão dos "approaches", modos e técnicas da interpretação constitucional, com destaque para os direitos fundamentais.

Vamos encontrar na sistemática norte-americana a complementação dos pontos essenciais de uma Jurisdição Constitucional das Liberdades, de maneira concreta, com regras sobre o interpretativismo, a liberdade de expressão e a igual proteção. São estes alguns dos aspectos da lúcida compreensão e prática de uma jurisdição constitucional das liberdades.

[38] CHAGNOLLAUD, Dominique. Droit constitutionnel contemporain, Sirey, Paris, 1999; CANOTILHO, J. J. Gomes. MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição, Coimbra Editora, 1991.

[39] COHEN, William. DANIELIKI, David J. Constitutional Law. Civil Liberty and Individual Rights. Westburry, New York, The Foundation Press, inc, 1994, 3ª edição; FALLON, Jr. Richard H. MELTZER, Daniel J. SCHAPIRO, David L. The Federal Courts and The Federal System, Westburry, New York, The Foundation Press, Inc., 1996; MURPHY, Walter F. Fleming, Esq James E. Harris, II 1986; PERRY, Michael J. The Constitution, the cOurts and Human Rights, An Inquiry into the Legitimacy of constitutional Policymaking by the Judiciary, Yale University Press. New Haven and London, 1982.

Do Direito Internacional

La primera Opinión Consultiva en MERCOSUR ¿Germen de cuestión prejudicial?*

Adriana Dreyzin de Klor*

Publicamos nuestras ideas para no pasarnos la vida corrigiéndolas
Jorge L. Borges

Sumário: *I. Las opiniones consultivas en MERCOSUR. II. El estreno del "mecanismo". 1. Los hechos. 2. La solicitud propiamente dicha. III. ¿Qué es la OC? IV. El TPR y la competencia para emitir OCs. 1. La integración del TPR ¿Por qué en pleno para emitir Ocs.? 2. El TPR frente a la solicitud de OC. A. ¿Mayoría argumentativa o suma aleatoria de razones? B. El tema argumentativo en la primera OC. 3. La competencia del TPR en materia consultiva. V. Más sobre la respuesta. 1. Acerca de las Ocs. 2. Prevalencia del derecho de la integración sobre el derecho interno de los Estados Partes. A. La calidad del derecho del MERCOSUR. B. Orden público internacional. VI. Algunas reflexiones.*

I. Las opiniones consultivas en MERCOSUR

El Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el MERCOSUR (PO) aprobado en la ciudad que le da su nombre[1], abrió las puertas a un mecanismo que, aunque lejos está de poder ser asimilado a la conocida cuestión prejudicial, se inspira en los mismos fines.

La herramienta a la que nos referimos es la denominada "opinión consultiva" (OC/OCs.) siendo receptada en el PO bajo los siguientes términos: "El Consejo del Mercado Común podrá establecer mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión definiendo su alcance y sus procedimientos"[2].

Como puede apreciarse, el legislador mercosureño no ha sido muy explícito a la hora de abordar el mecanismo, antes bien, la enunciación es altamente abstracta quedando su alcance diferido a la regulación que el órgano superior del bloque considerase a posteriori[3]. Sin embargo, durante las negociaciones preliminares a la elaboración del PO se reconoció a la interpretación uniforme del acervo normativo del MERCOSUR significativa importancia en aras de dotar al esquema subregional de previsibilidad y certeza[4]. Encontrar el método más idóneo para lograr este propósito no resultaba tarea sencilla y tampoco lo era, determinar el tenor de la facultad que se acuerda el Consejo Mercado Común (CMC)[5]. Téngase presente que dadas las características del ordenamiento normativo mercosureño – complejo[6] y

* Artículo publicado en la REDE, Madrid, 2007. Mi más profundo agradecimiento a Carolina Harrington por su valiosa e incondicional ayuda y el enriquecedor aporte de ideas.

* Catedrática de Derecho internacional privado, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Consultora jurídica de la Secretaría MERCOSUR. Integrante de la lista de árbitros MERCOSUR por Argentina. Codirectora de DeCITA, Buenos Aires/Florianópolis, Zavalía, F. Boiteaux.

1 Analizamos este instrumento normativo en: "El Protocolo de Olivos", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario,* Argentina, Rubinzal Culzoni, 2003-1, pp. 579-621.

2 PO, Cap. III, art. 3.

3 E. Rey Caro en un enriquecedor estudio sobre el PO, señaló que habría sido más adecuado la regulación de la cuestión en el mismo Protocolo determinando el carácter o valor de las opiniones consultivas, en vez de dejar la materia sujeta a la discrecionalidad del CMC. *El Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el MERCOSUR,* Córdoba, Marcos Lerner, 2002, p. 14.

4 Ver A. Dreyzin de Klor, "Los laudos arbitrales del MERCOSUR: Una visión prospectiva", *DeCITA 1.2004*, Buenos Aires, Zavalía, pp. 92-109.

5 De esta suerte, en las negociaciones previas a la firma del RPO se planteó la cuestión sobre el alcance de la atribución conferida al órgano superior del bloque, destacándose su amplitud. El CMC goza de gran autonomía para la adopción de decisiones válidas que encuentran sustento en un tratado y por lo tanto no estarían condicionadas por los Estados partes ni por otras entidades comunitarias. En definitiva, tiene mayores facultades en orden a la capacidad decisoria a la vez que es innegable la fuerza vinculante de algunos productos derivados de dicha capacidad.

6 La complejidad del derecho del bloque se suscita como consecuencia de la estructura institucional. Las normas no gozan de efecto directo y tampoco son de aplicación inmediata, salvo las que expresamente se establecen en el POP. Ver: A. Dreyzin de Klor, "Algunas reflexiones sobre la cooperación jurisdiccional internacional en torno a la calidad del derecho de la integración", *Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 22*, 2000, pp. 581 y ss.

asistemático[7] – y las particularidades institucionales y jurídicas que detenta el modelo[8], para solucionar las controversias se adoptaron instancias en las que la interpretación uniforme del derecho pergeñado en el seno del esquema era impensable. El MERCOSUR tiene como gran motor de desarrollo la voluntad política de quienes ejercen los gobiernos de los Estados partes y el hecho de incorporar la OC al sistema de solución de controversias, es un signo latente que refleja el afán de independizar gradualmente la faz jurisdiccional.

Reconocemos que los tribunales arbitrales han acudido en numerosas oportunidades a los precedentes sentados por los laudos anteriores para basar sus argumentaciones, empero también, se han apartado de los mismos, a través de una hermenéutica que suscita divergentes resultados en supuestos equivalentes[9]. Además, las referencias efectuadas en los laudos son respecto a lo actuado por los tribunales arbitrales ad hoc, pero no referidas a las jurisdicciones nacionales[10]. Cuando son los tribunales nacionales los que interpretan y aplican el derecho mercosureño, eventualmente con parámetros distintos al tribunal arbitral en casos semejantes,[11] se acude a las respectivas legislaciones nacionales y a los principios de jerarquía reconocidos en el ordenamiento nacional y el internacional.

Siendo la interpretación uniforme del ordenamiento de la integración tema prioritario, no sorprende que al tiempo de aprobado el PO se complementara con un Reglamento que dedica buena parte de su articulado a las opiniones consultivas[12].

Abordamos en este trabajo la primera opinión consultiva emitida en MERCOSUR, a cuyo fin en primer lugar, presentamos una reseña de los hechos que le dan origen para luego detenernos en la naturaleza jurídica o la calidad atribuible – a nuestro juicio – a la OC. Continuamos con una aproximación al Tribunal Permanente de Revisión (TPR) y a la competencia que detenta para dictar OCs, adentrándonos en la Declaración que emite el órgano jurisdiccional en este primer pronunciamiento. El problema que observa esta OC en orden a cuestiones sustanciales relacionadas con su emisión es el punto que deviene de ese desarrollo. Finalmente, dejamos sentadas algunas reflexiones fruto del análisis efectuado, con las que no concluimos el tratamiento y estudio de tan relevante tema, sino sólo sumamos un nuevo eslabón a las investigaciones requeridas para contribuir a mejorar la instrumentación del sistema de solución de controversias.

No podemos dejar de hacer una especial referencia a la cuestión prejudicial que tan buenos resultados ha dado al desarrollo del derecho comunitario europeo porque en ella se inspiró el legislador mercosureño, y desde su articulación se reciben irradiaciones que impregnan nuestro mecanismo. Sin embargo, las diferencias entre los modelos asociativos y los caracteres propios de cada esquema regional no habilitan a "copiar – cortar – pegar" sino que es menester adaptar valiéndonos de lo posible. A lo largo de sus pronunciamientos los árbitros hacen constante referencia a dicha cuestión, factor que resulta útil para denotar las similitudes y divergencias entre uno y otro instrumento legal.

---

7 Por las razones señaladas en la nota anterior, las fuentes jurídicas del MERCOSUR no integran el ordenamiento jurídico nacional mientras el EP no procede a depositar el instrumento de ratificación y se cumpla el procedimiento para su vigencia establecido en el POP.

8 Sobre el tema, ver: D. Fernández Arroyo, "La nueva configuración del Derecho internacional privado del MERCOSUR: Ocho preguntas contra la incertidumbre", *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana n° 28*, 1998, pp. 267-286; C. Lima Marques, "O Direito do MERCOSUL: Direito oriundo do MERCOSUL, entre Direito Internacional Clássico e novos caminhos de integração", *RDIM, año 7 n° 1*, 2003, pp.61 y ss.

9 Los laudos arbitrales de MERCOSUR pueden verse en la página www.MERCOSUR.org.uy

10 N. de Araujo, "O Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul e as opiniões consultivas: análise dos laudos arbitrais, sua ligação com o common law e algumas idéias para o futuro", *Revista de Derecho Privado y Comunitário*, Argentina, Rubinzal Culzoni, 2004,3.

11 El 9/1/02 el TAHM que decidió sobre la "Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados (Remolded) Procedentes de Uruguay", consideró que las normas brasileñas que restringen la importación de neumáticos recapados son contrarias al Tratado de Asunción; sin embargo, el 9/2/02 el Tribunal Federal de la 4ª Región (RS), siguiendo una posición consolidada en la judicatura de Brasil, convalidó tal legislación.

12 MERCOSUR/CMC/DEC N° 37/03.

Ahora bien, en función de las disposiciones del Reglamento del Protocolo de Olivos (RPO) referidas a la facultad de los tribunales nacionales para solicitar OCs., y la necesidad de prever una reglamentación expresa, el CMC aprobó el 17 de enero de 2007 dicha regulación normativa que deja claramente establecida la posibilidad de que tribunales de instancias inferiores eleven al TPR por vía de los Supremos Tribunales de Justicia (STJ) la solicitud de opinión consultiva[13].

II. El estreno del "mecanismo"

Previo a la reglamentación del mecanismo para solicitar OCs. provenientes de los TSJ, se plantea en Asunción del Paraguay un pedido a la Cancillería de ese país a través de la Corte Suprema de Justicia a efectos de que sea remitido al TPR.

El cuerpo colegiado se pronuncia el pasado 3 de abril de 2007 emitiendo su parecer en ejercicio de la competencia que le reconoce el PO[14] y el RPO[15].

La OC surge como resultado de la solicitud efectuada por una jueza de primera instancia en lo civil y comercial de la ciudad de Asunción, la magistrada María Angélica Calvo.

1. Los hechos

Se trataba de un contrato de naturaleza comercial firmado entre una sociedad argentina y una sociedad paraguaya, que las partes someten en todos sus términos a la ley sustantiva argentina, acordando plena vigencia a las normas incorporadas por el MERCOSUR reguladoras de la contratación internacional. Los contratantes quedan sujetos al Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual (PBA)[16] pactando expresamente el sometimiento de cualquier conflicto a la competencia de los tribunales de la República Argentina. En efecto, expresan en el acuerdo que "*cualquier controversia o petición que surja del contrato o esté relacionada con el mismo, o cualquier contrato que en adelante surja del presente, ya sea referente a la contratación, o a un agravio, o todo lo referido al período de finalización o validez del mismo, será exclusivamente establecido en los tribunales ordinarios de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de la República Argentina*".

---

[13] Esta cuestión fue objeto de intensos debates cuando se aprueba el PO y luego su Reglamento al no estar expresamente admitida la posibilidad de que sean todos los jueces del MERCOSUR habilitados para pedir dicha opinión. El RPO establece que para determinar el procedimiento a seguir en la solicitud de OCs. por los TSJ, deberán ser consultados estos altos cuerpos de justicia de cada Estado parte. Adelantándose a la consulta del CMC, las Cortes Supremas del MERCOSUR y Estados Asociados (CSM) tomaron la iniciativa de dialogar entre sí, sobre el modo en que los tribunales nacionales podrían solicitarlas. Una vez que consensuaron el texto de un anteproyecto decidieron elevarlo al CMC. En esta labor mucho ha tenido que ver el Foro Permanente de las Cortes Supremas de Mercosur institucionalizado en Brasilia. La Declaración del IV Encuentro de CSM, firmada el 24 de noviembre de 2006, y el Anteproyecto de Reglamento de la Tramitación de Solicitud de Opiniones Consultivas encaminadas por Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes, están disponibles en la página *web* del STF, en la siguiente dirección: http://www.stf.gov.br/encontro4/documentos.htm. Véase una reseña del IV Encuentro en M. A. J. DE SANTA CRUZ OLIVERA, "La diplomacia judicial", *DeCITA 7/8,* Florianópolis/Buenos Aires, Fundación Boiteux/Zavalía, 2007 (en prensa). Asimismo, es de tener presente que esta reunión es considerada relevante aunque el Foro de las CSM no funciona como un órgano institucionalizado en la estructura del MERCOSUR habiéndose adoptado en su seno trascendentes iniciativas. Así,en palabras de un eximio jurista, la referida al "[f]uturo de la integración latinoamericana: por vez primera, y sin parangón siquiera en el modelo europeo de integración, los Presidentes de los Tribunales Supremos de Brasil, Paraguay y Uruguay, más la representantes del Presidente de la Suprema Corte de la Nación Argentina, así como el Presidente del Tribunal Constitucional de Chile y los Presidentes de las Cortes Supremas de Bolivia y de Chile, asumieron el compromiso formal de respaldar el proceso de integración continental, con especial énfasis en el MERCOSUR". Ver R. ALONSO GARCÍA, "Hacia una Corte Suprema Latinoamericana", en *Progreso sostenible e integración regional en América Latina*, (J. Vidal-Beneyto, coord.) Fundación Amela, Valencia, España, 2006, p. 137. Siendo en el marco del IV Encuentro que se aprueba el anteproyecto señalado a fin de cumplimentar lo dispuesto en el RPO es ilustrativo traer a colación la reflexión efectuada por ALONSO GARCÍA al ponderar la institucionalización de los Encuentros de las Cortes Supremas de los Estados partes y Asociados por sus enriquecedores resultados, a la vez que sugiriendo la formalización en el mismo sentido de los encuentros de los Tribunales Constitucionales Europeos. Aut. cit., *Justicia constitucional y Unión Europea*, Thomson/Civitas, Cizur Menor, España, 2005, p. 49. El II Encuentro de Brasilia fue marco para que se manifestaran las Cortes en el sentido de cumplir el compromiso asumido para "contribuir decisivamente con la evolución institucional del proceso de integración, especialmente en relación con el fortalecimiento y perfeccionamiento jurídico del bloque".

El 18 de enero de 2007 el CMC aprobó el Reglamento de Procedimiento para Solicitud de Opiniones Consultivas al Tribunal Permanente de Revisión por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes del MERCOSUR (RPOC / TSJ), a través de MERCOSUR/CMC/DEC. Nº 02/07.

[14] Art. 3.

[15] Arts.2, 4.

[16] Este Protocolo fue aprobado el 5/8/94 en la ciudad de Buenos Aires por el CMC bajo Decisión N° 1/94. Se encuentra vigente entre los cuatro Estados partes del MERCOSUR.

El PBA recepta la autonomía de la voluntad permitiendo en consecuencia, la elección de foro que las partes realizan en favor de los tribunales argentinos[17].

Ahora bien, la sociedad sita en Asunción demanda ante los tribunales de su país a la sociedad argentina por daños y perjuicios oponiendo esta última, excepción previa de incompetencia basada en la existencia del acuerdo de elección de foro efectuado mediante cláusula contractual, al entender que prevalece la aplicación del PBA sobre el derecho paraguayo de fuente interna receptado en la Ley 194/93, invocada por la actora para justificar la jurisdicción paraguaya.

La demandante contesta la excepción rechazando los términos de la misma; alega el carácter irrenunciable de la legislación paraguaya y agrega que siendo un contrato de consumidores quedaría excluida la aplicación del PBA debiendo acudir en cambio al Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo (PSM)[18].

Cabe consignar que es a solicitud de la parte actora que el tribunal de primera instancia solicita la OC. En la demanda se incluyó expresamente un apartado por el cual se establece que frente a cualquier duda sobre la interpretación de la norma de derecho MERCOSUR deberá elevarse un pedido de OC al TPR. Es importante destacar el punto en tanto refleja que son el particular y el operador jurídico quienes toman la iniciativa de valerse de este mecanismo con las consecuencias que conlleva, al enfocar las herramientas institucionales mercosureñas como parte del acervo jurídico común cuando, según adelantáramos, no se había reglamentado aún su operatoria.

2. La solicitud propiamente dicha

La jueza de primera instancia, según parece surgir de la respuesta del TPR, solicita la opinión consultiva acerca de la normativa mercosureña invocada en autos, esto es el PBA y el PSM.

Se plantea un problema de interpretación de la ley mercosureña a partir de una cuestión de prevalencia de aplicación de fuentes acotada a la primacía entre derecho derivado de MERCOSUR – PBA – y derecho interno – Ley Paraguaya 194/93 – en la que cobra fuerte incidencia el carácter de las cláusulas de la ley nacional en tanto considerarlas o no de orden público internacional[19].

De ser este el cuestionamiento ¿respondería al que el PO y su Reglamento habilitan a plantear como opinión consultiva?

A efectos de estar en condiciones de proporcionar una respuesta es menester calificar la OC.

III. ¿Qué es la OC?

La opinión consultiva es un instrumento jurídico que ha sido introducido en el sistema de solución de controversias de MERCOSUR adoptado en el año 2002, junto a otras innovaciones[20] como una herramienta para "garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de

---

[17] El art. 4 reza: "En los conflictos que surjan en los contratos internacionales en materia civil o comercial serán competentes los tribunales del Estado Parte a cuya jurisdicción los contratantes hayan acordado someterse por escrito, siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva. Asimismo puede acordarse la prórroga a favor de tribunales arbitrales."

[18] El Protocolo de Santa María fue signado por el CMC como Decisión N° 10/96. No esta vigente por la falta de ratificaciones necesarias.

[19] Acerca de la noción de orden público internacional puede verse: T. B. de Maekelt, *Teoría General del Derecho Internacional Privado*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005, pp. 315-319; D. Fernández Arroyo (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados Partes del MERCOSUR*, Buenos Aires, Zavalía, 2003,

[20] Acerca de las reformas introducidas al Protocolo de Brasilia sobre el sistema de solución de controversias del MERCOSUR, puede verse A. Dreyzin de Klor pp. 576 y ss.; R. Puceiro Ripoll, "El Protocolo de Olivos: Sus reformas esenciales y su significado en el régimen de solución de controversias del MERCOSUR", en: *Solução de Controvérsias no MERCOSUL*, (AA.VV.), Brasilia, Comissão Parlamentar Conjunta do MERCOSUL, 2003, pp. 189-208.

los instrumentos fundamentales del proceso de integración y del conjunto normativo del MERCOSUR, de forma consistente y sistemática"[21].

Aunque reconoce antecedentes en tribunales internacionales, al ser diferente el marco en que se desarrolla, deviene distinto el mecanismo y sus efectos teniendo en común con su historial solamente la denominación[22].

EL TPR es el órgano con competencia para emitir OCs. las que pueden ser solicitadas tanto por los Estados partes en conjunto, como por los órganos con capacidad decisoria, esto es el CMC, el Grupo Mercado Común (GMC) y la Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM). Muy acertadamente el legislador mercosureño incluyó a los TSJ de los Estados partes (TSJ) con jurisdicción nacional entre los legitimados[23]. Nuestro desarrollo es sobre esta alternativa por ser la que da lugar a la primera OC.

Respetada doctrina ha tratado la cuestión de la naturaleza jurídica de la OC. A fin de encontrar una categoría legal que la comprenda se ha efectuado un recorrido por las posibilidades de encuadrarla, descartando su asimilación a una sentencia o a un dictamen de expertos solicitado como prueba del derecho o pericia. Tampoco puede asimilarse a una "interpretación auténtica" ya que no emana del mismo órgano del que proviene la norma ni es interpretación obligatoria dado su carácter no vinculante aunque se le reconozcan efectos que exceden el caso para el cual se dicta, al pasar a integrar el acervo del derecho de la integración[24].

A partir de lo que "no es" sobreviene como lógica la pregunta: ¿qué es la OC?

Cuando no se conoce a ciencia cierta la enfermedad que afecta al paciente suele decirse que padece un "virus"; parafraseando a los médicos en ese diagnóstico incierto, aunque descartando toda connotación negativa de los "virus", diríamos que la OC es un instrumento "sui generis" no pasible de ser encasillado en un modelo jurídico conocido.

De todos modos, más que definirla o encuadrar a la OC en una categoría jurídica conocida, resulta esencial avanzar hacia una respuesta a interrogantes tales como para qué se crea, qué empleo se realiza de este mecanismo en la práctica y si la finalidad que le da origen es alcanzada en este primer pronunciamiento o, si por el contrario, será menester que se sucedan varias OCs. para avanzar en los logros pretendidos. En la medida que podamos operativizar el propósito para el cual se concibió, la determinación de su naturaleza jurídica se convierte en un tema secundario.

El objeto de la opinión consultiva solicitada por los TSJ, se acota en su campo con relación a las provenientes por otras vías. En el supuesto se referirán exclusivamente a la "interpretación jurídica" del Tratado de Asunción (TA), del Protocolo de Ouro Preto (POP), de los protocolos y acuerdos celebrados en el ámbito del TA, de las Decisiones del CMC, de las Resoluciones del GMC y de las Directivas de la CCM. En tanto que la facultad otorgada a los Estados partes conjuntamente o a los órganos decisorios MERCOSUR para solicitar opiniones consultivas, está redactada en términos evidentemente más amplios, pues según el art. 3 RPO, las mismas podrán versar sobre "cualquier cuestión jurídica" comprendida en la normativa supra enumerada. En

[21] Así reza el PO en su único considerando.

[22] En esta línea, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) cuya competencia consultiva surge del art. 96 de la Carta de las Naciones Unidas; la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que conforme dispone el art. 14 de la Convención Interamericana esta facultada para emitir opiniones sobre la interpretación de la Convención y otros tratados referidos a la protección de los Derechos Humanos aplicables en los Estados Americanos; la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) con competencia para emitir opiniones a partir de lo dispuesto en el Protocolo 2 de la Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales. Ver F. NOVAK TALAVERA / L. GARCÍA – CORROCHANO MOYANO, *Derecho Internacional Público, tº 2*, *Sujetos del Derecho internacional, vol. 2*, Perú, Pontificia Universidad Católica, 2002, pp. 96 y ss.

[23] Art. 2. RPO.

[24] J.C.RIVERA, "La opinión consultiva en el sistema de solución de controversias del MERCOSUR", en *Estudios en homenaje a la doctora Berta Kaller Orchansky*, Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Tribunal Superior de Justicia, Córdoba, 2004, p.211.

consecuencia es menester precisar el alcance a otorgar a la expresión "interpretación jurídica", como inclusiva o no de las cuestiones de validez y jerarquía o prevalencia normativa.

Sólo para traer el pensamiento de uno de los árbitros que integran el TPR pues coadyuva a incursionar en alguna característica preponderante, las OCs son "dictámenes jurídico-técnicos del TPR que carecen de efecto vinculante"[25].

Pareciera entonces, que para analizar a la OC mercosureña hay que hacer especial hincapié en las particularidades del tribunal que la emite y las exigencias normativas establecidas en torno al cuerpo colegiado, circunstancia que implica introducirnos en aspectos un tanto inextricables como son la razonabilidad de las argumentaciones vertidas en relación con el pronunciamiento que deviene en declaración para la jueza y la autoridad que invisten los miembros del TPR[26] en función del efecto no vinculante de las OCs.

IV. El TPR y la competencia para emitir OCs

El máximo tribunal de MERCOSUR responde a ciertos caracteres que influyen notoriamente en la calidad de la OC. Referirnos sucintamente a este órgano jurisdiccional – aunque no ejerce esa función cuando emite OCs.[27] – es paso obligado para comprender el pronunciamiento dictado. Interesa conocer qué tipo de cuerpo colegiado es y cuáles son sus competencias para introducirnos expresamente en la que asume en este ejercicio y analizar la razón de la exigencia en cuanto a su conformación plenaria para pronunciarse.

Este tribunal surge luego de trece años de iniciado el proceso de constitución del MERCOSUR; considerándose su creación, la innovación más trascendente del texto de Olivos[28].

Se integra por cinco miembros a cuyo fin los Estados partes designan un árbitro y su suplente[29]; al quinto árbitro, se lo conoce como árbitro del consenso, al ser elegido por unanimidad de los Estados partes; su nombre surge de una lista de ocho candidatos que los países deben elevar a la SM, dos por país[30].

1. La integración del TPR. ¿Por qué en pleno para emitir OCs.?

Se han manifestado dudas acerca de cual es la regla más conveniente para determinar la integración del tribunal en función de la competencia que ejerza. Se dice que tal vez, a fin de avanzar hacia la interpretación uniforme del derecho del MERCOSUR, más conveniente hubiera sido que en todos los casos el tribunal funcione integrado por todos los miembros. La idea se basa en las aparentes dificultades para lograr aquel objetivo mediante el sistema preceptuado pues la experiencia en los conflictos llevados ante el TAHM demuestra que las controversias se han venido planteando entre dos Estados y consecuentemente, la integración por sólo tres de sus miembros – diferentes según las partes en la disputa – podría suscitar eventualmente distintas interpretaciones[31]. Por nuestra parte preferimos pensar que aunque sus miembros actúen según

---

25 OC 12007.Voto de R. OLIVEIRA

26 J.C.Rivera, (nota 884) p.221.

27 La doctrina no es conteste en considerar que el TPR asume función jurisdiccional al emitir OCs. Véase J.C. Rivera, (nota), pp. 210.

28 Art. 19 PO. Sobre este Tribunal, un estudio pormenorizado y completo puede verse en A. Perotti, *Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el MERCOSUR,* Madrid, Marcial Pons, 2007, (en prensa).

29 Por CMC/DEC Nº 26/04 se designaron miembros del TPR a los siguientes juristas: Nicolás Eduardo Becerra (Argentina), João Grandino Rodas (Brasil), Wilfrido Fernández de Brix (Paraguay) y Roberto Puceiro Ripoll (Uruguay).

30 Como quinto árbitro del TPR, se designó por unanimidad a José Antonio Moreno Ruffinelli (Paraguay). Durante la Reunión Cumbre celebrada en Río de Janeiro el 17/1/2007 se aprobó el Protocolo de Río de Janeiro que modifica a Olivos. Aún no se encuentra vigente entre los Estados partes.

31 E. Rey Caro, p. 36.

este sistema de reparto, el TPR es uno y las contradicciones en su seno no tendrían que encontrar mucho espacio para producirse[32]. Más bien parece que la norma se hizo (con bastante optimismo) pensando en un TPR que tenga considerable trabajo y que exija, en consecuencia, algún tipo de división de la tarea.

Mientras que cuando ejerce su función consultiva, al tratarse de la interpretación jurídica que se dará al derecho del MERCOSUR en todo el territorio integrado se consideró conveniente la intervención del pleno quedando representados los Estados partes al igual que lo están a la hora de la elaboración de las fuentes jurídicas del proceso.

2. El TPR frente a la solicitud de OC

El árbitro Fernández de Brix, quien asume la coordinación para la redacción de la respuesta del TPR[33] considera que a efectos de pronunciarse, el tribunal debe transitar por varios puntos, a saber: efectuar un relatorio jurídico y fáctico de los hechos; exponer sobre el régimen normativo vigente de las OC, el concepto, naturaleza y objetivo de éstas; la primacía de la norma de Derecho de la integración sobre la ley nacional; la prevalencia de la norma de derecho de la integración sobre el derecho internacional público y privado; la prevalencia de la norma de derecho de integración por sobre el orden público nacional e internacional; el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual y al Protocolo de Santa María sobre Relaciones de Consumo; la situación del nuevo Reglamento del Procedimiento para Opiniones Consultivas al TPR por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados partes (RPOC / STJ).

Los demás miembros del TPR no se aferran en un todo ni de igual manera a tal planificación aunque en líneas generales abordan – algunos de los árbitros – estos ítems. Al efectuar consideraciones distintas, muchos de los tópicos mencionados no son desarrollados o quedan comprendidos en títulos generales. De esta aseveración se desprende una primera preocupación sobre el dictamen que gira en torno a la falta de una metodología clara, o carencia de una formulación común que desde lo formal presente mayor prolijidad, verbigracia, cada uno de los árbitros vuelve sobre el relato de los hechos reiterando las mismas circunstancias cuando perfectamente podría evitarse con un acuerdo metodológico en orden a como redactar y presentar la OC.

A. ¿Mayoría argumentativa o suma aleatoria de razones?

Concierne en este trabajo, la competencia para emitir OCs a fin de lograr la interpretación uniforme del ordenamiento jurídico mercosureño. Se exige como acabamos de señalar, que el cuerpo intervenga en pleno. Interesa particularmente la integración plenaria ateniéndonos a los razonamientos plasmados, muy diversos entre sí, aunque la suma alcanza una mayoría en algunos puntos, aunque no se trate de una mayoría argumentativa.

---

[32] No es sin embargo lo que refleja la actuación del TPR hasta la actual instancia. Ha dictado tres laudos, el primero: "Laudo del Tribunal Permanente de Revisión constituido para entender en el Recurso de Revisión presentado por la República Oriental del Uruguay contra el Laudo Arbitral del Tribunal Arbitral Ad Hoc de fecha 25 de octubre de 2005 en la controversia 'Prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes del Uruguay', Asunto TPR-1/05", al que siguió la "Aclaratoria del Tribunal Permanente de Revisión de 13 de enero de 2006, Laudo de Revisión 'Prohibición de importación de neumáticos remoldeados"; el segundo: "Laudo del Tribunal Permanente de Revisión de 6 de julio de 2006, Impedimentos a la libre circulación derivado de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas, Asunto TPR-1/06" y el tercero: Laudo N° 1/2007 del 8 de junio de 2007, "Laudo del Tribunal Permanente de Revisión constituido para entender en solicitud de pronunciamiento sobre exceso en la aplicación de medidas compensatorias – Controversia entre Uruguay y Argentina sobre prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes de Uruguay". En ninguno de los pronunciamientos referidos se dio la unanimidad. Recordemos que el TPR en estos casos se integró solamente por tres de sus miembros.

[33] RPO, art. 6 inc.3.

Uno de los posibles sustentos en favor de la opción asumida por el legislador mercosureño en relación a la obligatoriedad de fundar los votos en disidencia en las OCs., – a diferencia de lo que acontece con los laudos – se vincula estrechamente con la propia idiosincrasia de la comunidad jurídica latinoamericana. Así, se ha sostenido que para los juristas de esta parte del mundo – a diferencia de lo que sucede en el TJCE donde las mismas no se fundan -, la fundamentación de la opinión disidente es una exigencia para la validez del dictamen[34]. Piénsese en "la perplejidad del juez y de las partes en un proceso llevado a cabo en cualquiera de los países miembros, si los integrantes del TPR que estuvieran en desacuerdo con la interpretación jurídica que la mayoría hace de una norma del acervo legislativo del MERCOSUR, no pudieran dar las razones de su desacuerdo y de su propia interpretación"[35]. Se trae a colación la situación planteada por las opiniones consultivas solicitadas por STJ, que deben necesariamente formularse en el marco de un proceso judicial en trámite[36], en las que sería eventualmente cuestionable –a la luz de la garantía del debido proceso- la constitucionalidad de una pieza de convicción que contuviera tal limitación. Según esta posición, el RPO no ha hecho más que brindar una solución acorde con la práctica judicial de los países que componen el bloque, que de manera alguna significará un obstáculo a la eficacia uniformadora de las opiniones consultivas, haciéndolas, por el contrario, plenamente ponderables a partir de su validez constitucional.

B. El tema argumentativo en la primera OC

Los fundamentos en que se basó la decisión adoptada y plasmada en la OC 1/2007 derivan de opiniones individuales y aisladas, arrojando como resultado verdaderas propuestas autónomas de decisión y no una respuesta que en términos argumentativos puede catalogarse como fruto de una motivación mayoritaria.

Frente a esta cuestión para nada menor que plantea la OC cabe preguntarnos desde una perspectiva filosófica con alta incidencia en la práctica del esquema, si las razones de los jueces son o no parte del resultado. ¿Se trata de un problema formal o sustantivo?[37]

Las decisiones de los tribunales colectivos no constituyen la simple suma del resultado de opiniones a las que se arriba aisladamente, sino que se trata de opiniones a las que se llega sólo después de haber considerado los argumentos de los restantes miembros del tribunal[38].

Podría cuestionarse la significación de esta óptica a partir de la falta de efecto vinculante de la OC, sin embargo no deja de ser un precedente a tener en cuenta sobre todo si se piensa que esta carencia puede ser prontamente modificada[39].

Además, aunque el tema de mayorías resolutivas que no derivan de mayorías argumentativas puede no ser considerado un problema en el caso, otra razón que nos asiste a plantearlo es que estamos frente a un tribunal que ejerce en única y última instancia su competencia consultiva y resultará sumamente difícil apartarse de la respuesta que emite en ejercicio de dicha competencia aunque carezca de efecto vinculante.

---

34 J.C.Rivera, "La Opinión Consultiva en el Sistema de Solución de Controversias del Mercosur", en *Estudios en homenaje a la doctora Berta Kaller Orchansky*, Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Tribunal Superior de Justicia, Córdoba, 2004, pp.203 y ss.

35 J.C.Rivera (nota 17), pp. 209.

36 Art. 4 RPO.

37 M. Farrel, "La argumentación de las decisiones en los tribunales colectivos", *La Ley*, Argentina, 2003-F, 1161.

38 M. Farrel, (nota), pp. 1161 y ss.

39 Véase Informe del que participamos juristas de la región bajo la dirección de R. Alonso Garcia, en el marco del proyecto de la UE publicado bajo el título "Contribución al perfeccionamiento del sistema de solución de controversias del MERCOSUR", *Revista de Derecho Internacional y del MERCOSUR*, La Ley año 8, n° 5, 2004, pp. 135-140.

De manera sintética, podría señalarse que la visión crítica que surgirá a consecuencia de esta OC puede llegar a traducirse en resoluciones de jueces nacionales que se muestren indiferentes frente al mecanismo adoptado por Olivos y a futuras OCs., o bien que efectúen una apropiación antojadiza y/o discrecional (arbitraria) de uno o varios votos que forman parte de esta Declaración (en razón de los argumentos allí contenidos); o -en versiones más extremas- de una o varias motivaciones aisladas, como fuente de justificación de sus decisiones, independientemente del sentido de la decisión final (parte resolutiva). Esta dualidad de actitudes no resulta conveniente ni adecuada para la interpretación uniforme que es esencial a la hora de garantizar la seguridad jurídica requerida en MERCOSUR. Más aún, entre los efectos que puede provocar el pronunciamiento reciente – totalmente refractario al buscado a la hora de introducir este mecanismo – nos preocupa la "tacha de irrelevante" al TPR en el razonamiento práctico de los jueces nacionales, con el consiguiente impacto en el rol del Tribunal como intérprete último de las normas del MERCOSUR y garantizador de su aplicación uniforme.

3. La competencia del TPR en materia consultiva

Conforme las competencias que le fueran asignadas, en los supuestos en que son los TSJ de los Estados partes quienes las solicitan, como se ha visto ya, el TPR debe pronunciarse exclusivamente sobre la interpretación jurídica de la normativa del MERCOSUR exigiéndose asimismo que verse sobre la que es de aplicación en una causa en trámite ante el Poder Judicial del Estado parte que la solicita[40].

Al limitar la OC a la interpretación jurídica, pareciera que se excluye expresamente la posibilidad de pronunciarse sobre la cuestión de validez de la normativa MERCOSUR – que sin embargo queda comprendida cuando quienes plantean la solicitud son los Estados partes conjuntamente o los órganos con facultades decisorias[41].

El alcance que se asigna a la expresión "interpretación jurídica" requiere ser elucidado aunque no resulta muy simple conocer la voluntad que primó en la elaboración de la disposición.

Por un lado, puede entenderse que estuvo en el espíritu del legislador reconocerle un sentido amplio, por lo tanto abarcaría también la validez de la normativa, desde que sorprendería se asigne al TPR la interpretación (en sentido estricto) de una norma inválida. Podría incluso aparecer como una incoherencia la circunstancia de establecer un mecanismo de consulta sobre la interpretación jurídica de las normas sin existir vías de control jurisdiccional sobre la validez de las mismas, argumento que refuerza la postura por la cual el vocablo "interpretación jurídica" comprendería la validez de la normativa a interpretar.

Sin embargo, desde el otro platillo, podría asumirse que la cuestión está estrechamente vinculada al debate en torno al cual gira el modelo MERCOSUR, o sea la cesión de competencias. El haber instaurado un tribunal de última instancia con las competencias que se le reconocen es un avance importante en aras de un cambio de sistema que, no obstante este hecho, sigue siendo intergubernamental. La resistencia de los Estados partes de instituir un sistema supranacional se advierte en la competencia acotada atribuida a este órgano y en todo caso, la solución sería coherente con el modelo elegido.

La diferencia expresa en el tenor literal de las normas según quien eleve la OC refleja la clara intención de diferenciar las situaciones. El carácter intergubernamental puede ser el motivo de

[40] RPO, art. 4.1.

[41] Cfr. A. Perotti, "El control de legalidad de las normas del MERCOSUR por el juez nacional", *DeCITA 3*, Buenos Aires, Zavalía, 2005, pp. 558-560.

haber previsto el control de legalidad en el supuesto de que se active la opinión consultiva a través de los Estados partes y los órganos decisorios. Pensando principalmente que el MERCOSUR depende de la voluntad política – motor del proceso – se pretende que las opiniones consultivas sean cumplidas aún cuando no son vinculantes. Si se establece una competencia que excede la porción de atribuciones que los Estados partes están dispuestos a ceder facultando las consultas del TSJ o ampliando el ámbito material previsto en el art. 1 del PO (interpretación, aplicación o incumplimiento), se corre el riesgo de disminuir el grado de cumplimiento de los dictámenes que se emitan, con la grave consecuencia de debilitar mucho más el bloque que transando al aprobar normas concesivas.

Este punto dio lugar al planteo de inaplicabilidad del RPOC/STJ – particularmente en cuanto se refiere al pago de los gastos y costas que derivan de la OC.

El árbitro coordinador efectúa un extenso alegato de las razones que a su juicio conducen a la inaplicabilidad de las normas de derecho derivado por inconformidad con el Derecho originario del MERCOSUR[42]. Argumenta asimismo – extra petita – que como la inaplicabilidad que sustenta hace a una cuestión interna del MERCOSUR, "es decir, una cuestión que afecta al TPR con el Consejo Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Secretaría del MERCOSUR", debe ser "vinculante". A nuestro juicio, su posición excede ampliamente las competencias del TPR.

El tema no es abordado por los Dres. Moreno Rufinelli y J. G. Rodas, quienes se expiden conjuntamente en la fundamentación aunque se separan a la hora de votar sobre este ítem. El Dr. Rodas, conjuntamente con el Dr. Olivera y el Dr. Becerra consideran que resulta aplicable el RPOC/STJ. En tanto que el Dr. Moreno Rufinelli vota en solitario sin descartar expresamente ni fundamentar la no aplicación del RPOC/STJ, empero apoyando su decisión en una posición unánime (acápite 5 de la Declaración) por la cual el TPR recomienda al CMC la revisión de dicho Reglamento en cuanto a la normativa sobre el pago de gastos y honorarios.

La disquisición expuesta no hace sino reafirmar lo dicho en cuanto a la razonabilidad de los desarrollos y la falta de ilación entre las argumentaciones fundantes de los votos y lo dispuesto en éstos.

Respaldando la posición que sostenemos, cabe traer a colación el pensamiento volcado en un Informe sobre el "Perfeccionamiento del sistema de solución de controversias"[43] del cual participamos, señalando:

"El propio TPR debe ser consciente de la responsabilidad que asume a través de pronunciamientos cuyos potenciales destinatarios son todos los operadores jurídicos de los Estados Partes, en última instancia sus respectivos jueces y tribunales. Ello trae como consecuencia la conveniencia de mostrarse particularmente generoso y sólido en la motivación de sus decisiones, evitando en lo posible opiniones disidentes (ajenas en el contexto arbitral *stricto sensu*, en el que los laudos lo más que admiten es manifestar la disconformidad sin exteriorizar el fundamento de la misma), que si bien pueden aportar riqueza al debate jurídico, pueden traer consigo inconvenientes de peso. Así, la posibilidad de que la *auctoritas* del TPR, no precisamente respaldada por la fuerza jurídica vinculante de sus decisiones, ausente como hemos venido viendo en el marco de las opiniones consultivas, pueda verse cercenada ante una opción por los jueces nacionales en favor de la opinión minoritaria (opinión que, además, les facilitaría la necesidad de fundamentar su pronunciamiento al margen o en contra del pronunciamiento del TPR, al hacer suya la fundamentación de la minoría en cuestión)".

---

[42] Ver OC N° 1 / 2007, G.2, voto del Dr. W. Fernández de Brix.

[43] Ver (nota), p. 137.

Las decisiones del TPR – tanto las contenciosas como las consultivas – se adoptan sobre la base de ordenamiento vigente del MERCOSUR, el cual, además de comprender el derecho mercosureño originario y derivado, está integrado por las normas y principios del derecho internacional[44]. De hecho, se observa que pese a no ser mencionadas otras fuentes que puedan ayudar al TPR a lograr la interpretación más adecuada en los laudos dictados así como en la OC emitida se hacen repetidas alusiones a reglas y a decisiones del ámbito comunitario europeo.

Estimamos que el derecho de la UE – así como el de otros bloques o Estados – no es apto para fundar *per se* las decisiones del TPR, aunque puede servir de parámetro comparativo en algunos casos, dado el carácter paradigmático de la integración comunitaria europea.

V. Más sobre la respuesta

Hemos adelantado que en las OC se registra tanto la opinión mayoritaria como las disidencias si las hubiere, posición que ha llevado a señalar el carácter no jurisdiccional y la naturaleza no adjudicativa de la OC. Esta circunstancia estaría diferenciando el procedimiento de las actuaciones destinadas a solucionar una controversia[45]. Recuérdese que cuando el TPR emite un fallo, los árbitros no pueden fundar su disidencia debiendo mantener la confidencialidad de la votación[46]. En tanto que en la vía consultiva, al exigir que las opiniones en disidencia estén expresamente consignadas[47], se pretende asegurar la transparencia del procedimiento, además de posibilitar a las partes un acercamiento en función de una interpretación legal. Las diferencias de interpretación que se infieren de una norma, podrían derivar en una negociación mediante la cual se arribe a una solución.

A lo largo de diez acápites, en la Opinión en análisis, el TPR declaró su parecer acerca de los tópicos – no en todos los casos – en los votos individuales, consignando en cada acápite, si la decisión fue adoptada de forma unánime y distinguiendo los votos mayoritarios y disidentes cuando la unanimidad no se verificó.

La OC 1/2007 se expidió acerca de cuestiones jurídicas de fondo, institucionales, procedimentales y de forma. Testimonia así, el criterio del TPR en torno de asuntos como la propia naturaleza de las OCs., la prevalencia del derecho derivado de MERCOSUR sobre el derecho interno de los Estados partes, la aplicabilidad del PSM, la situación del RPOC/STJ, tanto en cuanto a su aplicabilidad, de acuerdo a lo ya referido supra, como en función de una eventual modificación y disponiendo lo pertinente en cuanto a las notificaciones a efectuar, traducción, publicación y registración.

Nos referiremos a renglón seguido a dos de los aspectos que junto a los considerados hasta aquí son a nuestro juicio, los que proporcionan una meridiana noción de la primera OC.

1. Acerca de las OCs.

En el primer acápite se pronuncia el Tribunal sobre la naturaleza de la OC afirmando de manera categórica que:

---

[44] Si bien el artículo 9.1 del RPO que reglamenta esta cuestión se refiere textualmente a "la *normativa* mencionada en el artículo 34 del Protocolo de Olivos", entendemos que no puede realizarse una interpretación tan estricta que lleve a obviar la posibilidad de que sean respondidas con base en los principios de derecho internacional, que figuran también en la norma de Olivos.

[45] S. Czar de Zalduendo, "La competencia consultiva en el MERCOSUR", en *La Ley*, Argentina, 2005-F, 68.

[46] Así se establece en el art. 25 PO.

[47] Art. 9.1.c RPO.

Las OCs. peticionadas por los órganos judiciales nacionales deben ser consideradas como "interpretaciones prejudiciales consultivas", agregando seguidamente que "aún" no se les reconoce carácter vinculante.

De esta aseveración deviene que hace a su competencia "interpretar el derecho de integración mercosureño" en tanto que "la aplicación de tal interpretación así como la interpretación y aplicación del derecho nacional" compete en forma exclusiva a los órganos judiciales nacionales que elevan la consulta.

El adverbio "aún" que informa el voto emitido por el TPR en orden a la falta de efecto vinculante, denota el interés de promover una reforma del sistema hacia el reconocimiento del mismo a las OCs.

Frente al tenor del primer apartado surgen de inmediato una serie de interrogantes que pueden conjugarse con las nociones expuestas en la primera parte de este trabajo. Así:

¿Es conveniente la caracterización efectuada por el TPR en esta primera OC?

En realidad, la calificación realizada no agrega ni desagrega a lo ya dicho sobre este instrumento. En todo caso, manifiesta cierta inconsistencia con las afirmaciones que unilateralmente realizan en sus respectivos pareceres además de dejar asentado las diferencias conceptuales que existen en el seno del Tribunal. Mientras uno de los árbitros insiste en la calidad prejudicial de la OC[48], otro de los miembros se enrola de forma terminante en desconocer dicha calidad prejudicial del instrumento en razón de descartar que "[l]as normas de MERCOSUR constituyan Derecho comunitario"[49].

Así, el miembro coordinador de la redacción luego de una pormenorizado relato acerca de la naturaleza de la OC y una exposición comparativa con otros sistemas – que podría considerarse una extralimitación en el ejercicio de su función – señala su disconformidad con el nombre de "opinión consultiva" que recibe esta herramienta en el sistema MERCOSUR, destacando que el hecho de no ser obligatoria y su falta de efecto vinculante, contrarían la característica de imperatividad que todo tribunal detenta. Considera asimismo que al no cumplir con esos recaudos "se desnaturaliza por completo el concepto, naturaleza y el objetivo de lo que debe ser un correcto sistema de interpretación judicial"[50].

Además de reiterar a lo largo de su voto la posición que asume con respecto a las falencias de que adolece la OC en el sistema MERCOSUR avanza instando, por una parte, a las autoridades orgánicas a fin de que mejoren las características establecidas en las normas actuales en un lapso corto de tiempo; en tanto que por otra, se dirige a los órganos nacionales – las Cortes Supremas de Justicia de los Estados partes – llamándoles la atención sobre la importancia de elaborar mecanismos de solicitud de OCs. que permitan el contacto más directo y expedito posible entre el TPR y los jueces nacionales consultantes. Sostiene el árbitro, que de seguir esta línea se respetará y observará la naturaleza y objetivo de las consultas.

Otro detalle a tener en cuenta es que en uno de los razonamientos se considera que la "[c]onsulta planteada no refiere estrictamente a la interpretación de las normas contenidas en el PBA, sino a la dilucidación del aparente conflicto de fuentes normativas aplicables". De todos modos el árbitro encuentra en el "principio de colaboración con la justicia" fundamento para evacuar la consulta[51].

---

[48] W. Fernández de Brix, OC: B.1. Concepto, naturaleza y objetivo de las OC.

[49] Señala R. Olivera que siendo así se explica que "[l]os dictámenes de opinión consultiva no sean aún prejudiciales respecto del fuero nacional, en el sentido que no son vinculantes para el juez consultante".

[50] W. Fernández de Brix, ap. 4.

[51] R. Olivera, OC: B) Competencia del TPR para emitir la opinión consultiva.

En tanto que los dos árbitros que emiten conjuntamente sus argumentaciones – antes citados – entienden a la OC como "un formidable instrumento de armonización" que si bien no tiene efecto vinculante contribuye a reconocer cierta esfera de supranacionalidad en el proceso.

No obstante las disquisiciones enunciadas la definición de la OC, es emitida mediante voto unánime.

Ni en punto a la definición de la OC ni en los que siguen advertimos entre las posiciones mentadas, una sucesión argumentativa en el razonamiento legal, plasmado luego en la Declaración, a los fines de alcanzar la necesaria armonización en aras de la interpretación uniforme que se requiere[52].

2. Prevalencia del derecho de la integración sobre el derecho interno de los Estados Partes

A. La calidad del derecho del MERCOSUR

El debate sobre este tema existe desde los albores del proceso subregional preocupando in extenso no tan sólo a la doctrina, a la jurisprudencia y al operador en general, sino que fue abordado por los tribunales ad-hoc de MERCOSUR (TAHM) de cara al modelo de integración regional[53].

Un esquema supranacional[54] genera un derecho impregnado de los principios que el TJCE fue sentando con relación al acervo jurídico de la Unión, esto es la primacía del derecho comunitario por sobre el derecho interno de los Estados miembros, la aplicación inmediata de ese ordenamiento normativo y su efecto directo[55]. En tanto en MERCOSUR, dada su naturaleza netamente intergubernamental y el procedimiento de incorporación de las normas aprobadas, así como el modo de su entrada en vigor, no autorizan – bajo nuestra óptica – a reconocerle ab initio esos caracteres.

Los árbitros del TPR muestran un abanico de posiciones que van desde atribuir a rajatabla los caracteres propios del derecho comunitario europeo o andino al derecho MERCOSUR, hasta un desconocimiento acendrado de la calidad de derecho de la integración – aunque se mencione como categoría – asimilándolo en un todo al derecho internacional de fuente convencional. En efecto, en un extremo se reconoce la primacía del derecho del MERCOSUR por encima de las fuentes nacionales al ubicar el ordenamiento jurídico mercosureño por su propia naturaleza en grado de derecho comunitario[56] – posición que no compartimos – en tanto que ubicado en último término se encuentra el voto por el cual se llega a aclarar que la aplicación del PBA no implica un pronunciamiento respecto a la jerarquía de fuentes sino responde al "sistema general de razonamiento que en materia de fuentes debe privar en un caso de tráfico jurídico externo"[57].

---

52 Acerca del esquema del razonamiento judicial resulta insoslayable la lectura de la obra de R. L. LORENZETTI, *Teoría de la decisión judicial: fundamentos de derecho*, Argentina, Rubinzal Culzoni, 2006, pp.183 y ss.

53 Es muy ilustrativa la visión sobre los laudos arbitrales en orden a estos factores que brinda D. OPERTTI BADÁN, en "Solución de controversias en el MERCOSUR y la experiencia uruguaya", *Congreso sobre las Inversiones en el Atlántico Sur: Uruguay, puerta al MERCOSUR*, Instituto Suizo de Derecho Comparado, ALADI, 2007. Los laudos de los TAHM y los del TPR pueden consultarse en: www.mercosur.org.uy

54 Téngase presente que cuando afirmamos este carácter no señalamos que la supranacionalidad del modelo sea el único carácter de un proceso de integración. No existe un esquema solamente supranacional, sino combinado con adecuadas dosis de intergubernamentalidad.

55 Muy interesante estudio sobre los principios en la jurisprudencia comunitaria realiza D. SARMIENTO, *Poder judicial e integración europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Madrid, Civitas, 2004. También en la CAN se encuentran los caracteres mencionados acordes con la naturaleza del derecho, todo reflejado en las sentencias del Tribunal de ese sistema de integración. Ver A. PEROTTI, *Los principios del derecho comunitario y el derecho interno en Europa y la Comunidad Andina. Aplicabilidad en el derecho del MERCOSUR*, Córdoba, Jurídica, (en prensa), 2007.

56 Aunque no se lo califica así en el voto, si en cambio en el razonamiento en el cual se funda W. Fernández de Brix.

57 Del voto de R. Olivera.

En nuestra comprensión, las diferencias con el derecho comunitario por un lado y con el ordenamiento convencional por otro, radican principalmente en los factores que seguidamente enunciamos.

La fuente de producción: el derecho de la integración se genera en el ámbito de los órganos con facultades decisorias del MERCOSUR.

El ámbito subjetivo: las normas jurídicas de MERCOSUR están acotadas en cuanto a su vigencia a los Estados partes y en su caso, a los Estados asociados.

La finalidad: el acervo normativo del proceso de integración en formación se elabora con las miras puestas en la conformación de un mercado común, aunque lejos esté MERCOSUR aún de poder considerarse como tal.

Factores propios:

Por no contar con órganos legisferantes en los cuales se haya delegado legítimamente competencia para elaborar normas pasibles de aplicación inmediata y efecto directo, las mismas requieren incorporación legislativa. No pueden entrar en vigencia hasta tanto se dicte la ley pertinente y se cumplan los recaudos establecidos expresamente en el Protocolo de Ouro Preto sobre Estructura Institucional.

Una importante cantidad de fuentes elaboradas por los órganos referidos no deben someterse al procedimiento señalado aunque deban efectuarse otros procedimientos a través de órganos administrativos de los Estados partes para su internalización por tratarse de cuestiones que hacen en el ámbito interno de los países a las facultades de regulación en dichos ámbitos. Luego, existen también normas que entran directamente en vigor sin más referidas por ejemplo, a la estructura orgánica.

Es particular de este ordenamiento normativo distinguir entre un derecho originario (los tratados fundacionales y su sistema de solución de controversias) y un derecho derivado que nace al amparo de ese conjunto legal que lo respalda.

B. Orden público internacional

El instituto del orden público internacional no es objeto de un voto particularizado sino que el problema se condensa en los votos (en mayoría y concurrente) que se pronuncian sobre la cuestión de la primacía. Sin embargo no podemos pasar por alto el tratamiento que recibe dado el relevante papel que le concierne cuando en las situaciones internacionales corresponde aplicar una vertiente jurídica distinta a la del foro, sea de fuente nacional, convencional o institucional[58]. Las posturas tan diferentes que aparecen en esta OC y que derivan en igual decisión – esto es la aplicación del Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual – merecen un párrafo especial.

¿Qué es el orden público internacional?

Elaborar un concepto que contenga el orden público internacional ha provocado en los juristas y doctrinarios del mundo entero – especialmente de Derecho internacional privado- más enigmas que certezas[59]. No pretendemos en esta oportunidad abarcar el instituto en su vasta problemática sino dejar en claro algunos aspectos que pueden servir de orientadores a la hora de analizar lo dispuesto en esta OC. Nos limitaremos a exponer algunos puntos que se vinculan de modo directo con la figura en la integración regional.

---

[58] Sobre el tema, A. Dreyzin de Klor, *El MERCOSUR: Generador de una nueva fuente de derecho internacional privado,* Buenos Aires, Zavalía, 1997.

[59] La noción de orden público internacional puede consultarse además en: G. Parra Aranguren, *Curso General de Derecho internacional privado. Problemas Selectos y otros Estudios.* Caracas, Fundación Fernando Parra Aranguren, 1992 ps.117-136; J. Fernandez Rozas / S. Sanchez Lorenzo. *Curso de Derecho internacional privado*, Madrid, pp. 482 y ss.

Con el afán de situar el problema digamos que en ciertos casos una regla jurídica extranjera normalmente aplicable es excluida por motivos especiales. Esta actitud es fruto de considerar que su aplicación devendría en un resultado contradictorio o inconsistente con algún principio fundamental de la ley del foro.

Los ordenamientos jurídicos nacionales contienen principios propios que son precisamente los que le dan solidez y autonomía. Actúan como fuente supletoria en caso de ausencia de normas e integran el derecho; informan e inspiran al legislador, orientan al juez y al intérprete y fundamentan el orden jurídico. En suma, son la esencia de los respectivos derechos.

El orden público actúa como correctivo funcional que obra como una acción de defensa de todos los elementos e intereses que están involucrados en el tráfico jurídico internacional y, con especial intensidad, como una defensa de la comunidad nacional, de su orden social y jurídico.[60]

El carácter excepcional y funcional de la institución es ampliamente aceptado por lo que consideramos un acierto que actualmente no se discute si consiste en *disposiciones* o si se trata de *principios*; la calidad restrictiva de la defensa nos dirige derechamente a la consideración del orden público internacional como "*conjunto de principios*"[61].

En el ámbito del derecho privado ha cobrado una dimensión cada vez mayor la autonomía de la voluntad desplazando normas imperativas de los ordenamientos internos que pasan a tener vigencia subsidiaria. En consecuencia, se achica el espacio para la aplicación de esta defensa; la misma regulación del instituto lo demuestra desde que las últimas convenciones y protocolos de la integración han previsto su empleo ante la manifiesta contraposición con los principios en que se sustenta la legislación interna.

En el caso concreto, en que corresponde la aplicación del PBA existe específicamente la posibilidad de oponer la excepción de orden público internacional.

Tanto los protocolos que conforman la fuente de Derecho internacional privado institucional, como los diferentes tratados o convenios que vinculan a los Estados, así como los respectivos ordenamientos internos incluyen una disposición que autoriza a la no aplicación del derecho extranjero que resulte lesivo a las normas y principios locales.

Estas precisiones relacionadas con el orden público internacional resultan un factor muy importante por el valor que revisten las respectivas legislaciones internas en función de su aplicación entre los Estados partes. Es cierto que el fenómeno regional conduce a disminuir las barreras del orden público pues hace a las características propias de los procesos de integración una mayor asimilación y acercamiento en las soluciones legislativas de los Estados partes pero es innegable la posibilidad de articular la excepción en los supuestos de violación manifiesta de principios y normas del ordenamiento del foro.

Consignamos tales aserciones sólo a los efectos de determinar que las normas de derecho del MERCOSUR tienen primacía sobre el derecho interno en tanto no sean contrarias al orden público del Estado en el cual se aplicarán, de esta suerte genera resistencia la afirmación sostenida en minoría respecto a que "Las normas del Derecho del MERCOSUR deben tener prevalencia sobre cualquier norma del derecho interno de los Estados Partes aplicables al caso, incluyendo el derecho interno propiamente dicho y el derecho internacional público y privado de los Estados Partes, comprendiéndose aquellos derechos de orden público de los Estados Partes, de conformidad a los deslindes realizados en relación al concepto de orden publico, y a la necesaria

[60] Conf. M. Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado*, vol.I, t° II, Parte 2°, Madrid, Universitas, 1982, p.196.

[61] La excepción de orden público internacional, puede funcionar de dos modos distintos: a priori, esto es cuando antes de consultar el derecho extranjero que la norma del foro declara aplicable, éste es descartado por el derecho propio, o a posteriori. En este caso, se procede a consultar el derecho extranjero, quedando descartado sólo en la medida que su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación.

interpretación restrictiva de los derechos de orden público constitucional de carácter absoluto, conforme lo impone un sistema de integración"[62].

En definitiva, no hubo acuerdo en considerar que el Derecho MERCOSUR prima sobre el derecho interno por su propia naturaleza. En este sentido, el voto mayoritario se pronuncia por la primacía del Derecho MERCOSUR siempre que haya sido incorporado a los respectivos órdenes jurídicos, sobre el derecho interno[63]. Ratifica la postura que el Derecho de la integración no goza de los principios reconocidos al derecho comunitario.

Es dable destacar que bajo este acápite y suscripto también en mayoría por los mismos árbitros, se considera que la evaluación sobre la afectación del orden público internacional en el caso concreto compete al juez nacional.

Es coherente al instituto que sea el tribunal nacional quien efectúe la valoración del derecho derivado del MERCOSUR y que en la medida que no sea manifiestamente contrario a la legislación nacional, proceda su aplicación.

V. Algunas reflexiones

A efectos que los ciudadanos se sientan progresivamente respaldados por la justicia en el MERCOSUR, los instrumentos creados por el PO y las normas que lo complementan cumplen un rol esencial.

EL MERCOSUR inauguró el sistema de OCs. con un pronunciamiento que a nuestro parecer, padece falencias en orden a cumplir los objetivos previstos en las normas que dan origen y reglamentan el instrumento jurídico.

Lejos de considerar que esas falencias perjudican el sistema de solución de controversias y la posibilidad de avanzar en la interpretación uniforme del ordenamiento mercosureño, estimamos que es un primer paso válido y sobre todo, perfectible. El progresivo mejoramiento del sistema dependerá, entonces, en gran medida del impacto que esta primer OC despliegue entre los operadores jurídicos, más que por su resultado, como mecanismo armonizador.

Las opiniones consultivas no tienen efecto vinculante y no son obligatorias. Estos caracteres parecieran bloquear en gran medida el sistema. Sin embargo, entendemos que no provocará tal resultado. El Reglamento, si bien niega la obligatoriedad, se preocupa por la difusión de la decisión[64]. Piénsese en una situación hipotética en la que los tribunales decidan apartarse de lo dispuesto por el TPR. Se estaría restando autoridad a un tribunal que en pleno interpreta el derecho mercosureño y que no deja de ser independiente, investido de facultades decisorias.

Si bien nos hemos pronunciado con anterioridad criticando el efecto no vinculante, hoy consideramos que no estuvo errado el legislador del MERCOSUR pues el hecho de no contar con un tribunal de justicia con los caracteres que implican estabilidad y dedicación exclusiva así como una mayor autonomía financiero-operativa, trae consigo la conveniencia de respetar el principio de gradualidad que observa en general el modelo mercosureño.

El mayor o menor grado de aceptación que reciban las OCs. por los magistrados se articulará con la confianza que amerite el sistema y la claridad o el "peso moral" que vayan ganando los

---

[62] 2.1 (Voto concurrente del miembro coordinador Doctor Wilfredo Fernández y Doctor Nicolás Becerra).

[63] Así se pronunciaron los árbitros José A. Moreno Ruffinelli, Joao Grandino Rodas y Ricardo Olivera García, quienes suscribieron que "las normas del MERCOSUR internalizadas prevalecen sobre las normas del derecho interno de los Estados Partes". Acápite 2 de la Declaración.

[64] El art. 10.2 RPO ordena la notificación a todos los Estados partes y el art. 13 RPO su publicación en el BOM. El art. 10 ROC, por su parte, ordena la notificación a todos los Estados partes, con copia a la SM, y a todos los tribunales superiores (no sólo al que solicitó la opinión consultiva).

pronunciamientos. Una respuesta sólida e inequívoca tendrá menos posibilidad de ser descartada, aunque la OC no sea vinculante.

El TPR no puede ser considerado un órgano jurisdiccional que cubre las necesidades que el esquema de integración amerita. Sin embargo, es una pieza relevante del entramado existente, germen de un Tribunal de Justicia que contará – en función de su desenvolvimiento y del que muestre el sistema – con plenas competencias para velar por el debido respeto del esquema de integración a la vez que garante de todo el acervo normativo que requiere de interpretación común cualquiera sea el territorio de aplicación dentro del bloque.

Tomando como punto de partida que los particulares, por principio, deben intentar combatir las deficiencias de tipo estructural que plantea el modelo ante sus propios tribunales y siendo de la esencia de la integración el ámbito de la arquitectura judicial, se plantea la imperiosa necesidad de una visión de conjunto nucleando al TPR y a los tribunales de los Estados partes. En este orden de ideas, el principio de cooperación leal entre ambas instancias – la nacional y la mercosureña – requieren que como centro de atracción en torno al cual gire el desarrollo del modelo, se considere la importancia de dinamizar la opinión consultiva solicitada por las judicaturas nacionales por un lado, y la emisión de la misma por el TPR conforme a principios de coherencia, congruencia y secuencia argumental entre los fundamentos y las declaraciones que resulten del pedido.

La cuestión prejudicial es un valioso instrumento que el MERCOSUR debe mirar con especial atención siendo la opinión consultiva una suerte de esbozo o primer estadio hacia la adopción de un mecanismo que se acerque más a los caracteres de la figura europea. Será necesario a tal efecto, que las condiciones estructurales se desarrollen avanzando hacia un sistema de solución de conflictos que reemplace el actual modelo provisorio conforme se deja expresamente plasmado en el Protocolo de Olivos para la solución de controversias[65]. Ello, a la luz de los objetivos consignados – principalmente la uniformidad hermenéutica – sin dejar de considerar la experiencia ganada hasta el momento.

[65] Artículo 53: "Revisión del sistema. Antes de finalizar el proceso de convergencia del arancel externo común, los Estados Partes efectuarán una revisión del actual sistema de solución de controversias, a fin de adoptar el Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común a que se refiere el numeral 3 del Anexo III del Tratado de Asunción".

El Mercosur y el Derecho Constitucional de los Estados Partes

Alejandro Daniel Perotti*

Sumário: *1. Introducción - 2. Las Constituciones nacionales y el MERCOSUR - 3. Conclusiones particulares - 3.1. Brasil - 3.1.1. Etapas de la celebración de los tratados - 3.1.2. Atribuciones de los Poderes - 3.1.3. Jerarquía - 3.1.4. Cláusula de habilitación constitucional - 3.1.5. El Derecho comunitario en el ordenamiento normativo brasileño (MERCOSUR) - 3.1.5.1. Jerarquía - 3.1.5.2. Vigencia - 3.1.6. El Derecho del MERCOSUR y la jurisprudencia nacional - 3.2. Paraguay - 3.2.1. Etapas de la celebración de los tratados - 3.2.2. Atribuciones de los Poderes - 3.2.3. Jerarquía - 3.2.4. Cláusula de habilitación constitucional - 3.2.5. El Derecho comunitario en el ordenamiento normativo paraguayo (MERCOSUR) - 3.2.5.1. Jerarquía - 3.2.5.2. Vigencia - 3.2.6. El Derecho del MERCOSUR y la jurisprudencia nacional - 3.3. Uruguay - 3.3.1. Etapas de la celebración de los tratados - 3.3.2. Atribuciones de los Poderes - 3.3.3. Jerarquía - 3.3.4. Cláusula de habilitación constitucional - 3.3.5. El Derecho comunitario en el ordenamiento normativo uruguayo (MERCOSUR) - 3.3.5.1. Jerarquía y vigencia - 3.3.6. El Derecho del MERCOSUR y la jurisprudencia nacional - 3.4. Argentina - 3.4.1. Etapas de la celebración de los tratados - 3.4.2. Atribuciones de los Poderes - 3.4.3. Jerarquía - 3.4.4. Cláusula de habilitación constitucional - 3.4.5. El Derecho comunitario en el ordenamiento normativo argentino (MERCOSUR) - 3.4.5.1. Constitución nacional y Derecho comunitario: jerarquía - 3.4.5.2. Derecho comunitario: jerarquía frente a la legislación infraconstitucional y vigencia: - Principio de primacía - Efectos directo e inmediato del Derecho del MERCOSUR originario y derivado - 4. Conclusiones generales*

1. INTRODUCCIÓN

Por lo demás, la inclusión de trabajos de autores de los países vecinos demuestra no sólo hermandad que, bienvenido sea, impera entre nuestros Estados, sino también la visión de integración regional que desde un principio defendió y llevó a la práctica la Ministra Rocha.

La investigación a la cual se introduce – que cabe mencionar responde a una sugerencia de la Ministra Rocha – refleja las conclusiones generales que extraemos de nuestra tesis doctoral "Habilitación constitucional para la integración comunitaria. Estudio sobre los Estados del MERCOSUR" [1,2], la cual tuvo por fin ofrecer una respuesta a dos interrogantes: el primero, en torno a saber si la profundización del MERCOSUR, mediante la modificación de su estructura institucional de modo de combinar órganos intergubernamentales con otros de carácter supranacional[3], requiere en todos y cada uno de los Estados Partes (en especial, en Brasil y Uruguay), de manera ineludible, de la previa reforma constitucional o, por el contrario, ello es jurídicamente factible en el marco de los textos fundamentales hoy vigentes. La segunda cuestión hizo relación a la pregunta de si la misma exigencia de revisión constitucional se impone a los fines de la aceptación de un ordenamiento jurídico de

* Abogado (Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe), Master en Derecho Comunitario (Universidad Complutense de Madrid, España), Doctor en Derecho (Universidad Austral, Buenos Aires). Profesor Adjunto a cargo de Derecho en la Integración de la Universidad Austral. Ex Consultor Jurídico de la Secretaría del MERCOSUR, por concurso público internacional. Encargado de la Sección de Comercio Exterior del Estudio "Mansueti, Gallo, Sallette & Perotti - Abogados", Buenos Aires, http://www.estudiomansueti.com/ - aperotti@estudiomansueti.com, adperotti@yahoo.com

1 Editada – bajo el mismo título – en Uruguay por la Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2004, y en Brasil, posteriormente, por Juruá editora, Curitiba, Paraná, 2007. La defensa de esta tesis doctoral – cuyo Director fue el Prof. Dr. Julio Barberis (Universidad de Buenos Aires, Universidad Austral y Ministerio de Relaciones Exteriores, Argentina) – fue realizada en la Universidad Austral, Buenos Aires (23/11/2003), ante el tribunal formado por los Profs. Dres. Ricardo Alonso García (Universidad Complutense de Madrid, España), presidente, Antônio Cachapuz de Medeiros (Universidad Católica de Brasilia y Ministerio de Relaciones Exteriores, Brasil) y Adriana Dreyzin de Klor (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina).

2 Dado que el presente artículo condensa las conclusiones principales, se anticipa que no se realizarán citas específicas sobre normas, jurisprudencia y doctrina, salvo casos muy puntuales; por ello, para mayor fundamentación, nos remitimos *in totum* a la mencionada obra doctoral.

3 V.gr. una institución jurisdiccional de carácter permanente al estilo de los *Tribunales de Justicia* andino y europeo; o un órgano que represente y actúe (con poder normativo) en interés de la Comunidad del MERCOSUR, según los modelos de la *Comisión* de las Comunidades Europeas, o de la *Secretaría General* de la Comunidad Andina.

naturaleza comunitaria[4], o si ello es posible, respetando las normas de las cartas magnas, con prescindencia de una modificación de los textos[5]. Dicho objetivo requirió la interpretación de la cláusula de habilitación constitucional para la integración económica incluida en los derechos constitucionales respectivos.

La cláusula de habilitación constitucional, en clave de integración regional, constituye, en pocas palabras, la base normativa que el derecho constitucional ofrece para la participación del Estado en los mecanismos de integración económica, lo cual incluye la temática de los efectos del ordenamiento jurídico resultante de tales acuerdos regionales. Conforma así, el límite primero y, a la vez, último de la actuación del Estado. Primero, en tanto autoriza a las autoridades competentes para incorporar al Estado en un modelo particular de relacionamiento internacional, por un lado, y permite la recepción del fenómeno integrativo y su incidencia en el marco nacional, por el otro. Último, pues constituye el respaldo definitivo y definitorio para la vigencia plena del sistema regional en el interior del territorio estatal; todas las acciones y medidas adoptadas por la Comunidad, en base a las previsiones del tratado fundacional, que hallen cobertura en la cláusula habilitante deberán tener absoluta observancia en el Estado, tanto por los órganos públicos como por los particulares (personas físicas y jurídicas).

Evidentemente, no escapa a la percepción del jurista – en particular del constitucionalista – que la participación del Estado en un proceso de integración económica, cuando éste tenga por finalidad superar la etapa de una zona de libre comercio e intente configurar un mercado común, presenta uno de los mayores desafíos para el derecho interno. Ello se explica, entre otros aspectos, por la creación de un nuevo ordenamiento propio – diferente del derecho nacional y del derecho internacional – que pasará a integrar el cuadro de fuentes obligatoriamente aplicables en el Estado y las consecuencias que el mismo está llamado a tener sobre todas las ramas del derecho interno; por las modificaciones competenciales que deberán tener lugar a nivel de las autoridades del Estado; por la capacidad que tienen las normas regionales para hacerse partes del orden jurídico interno sin necesidad – en algunos casos – de actos del Congreso o del Poder Administrador; y por la aptitud de dicho ordenamiento para originar derechos y obligaciones "también" para las personas físicas y jurídicas que podrán hacer valer ante las autoridades del Estado, etc.

Las principales connotaciones que levanta la participación del Estado en un mecanismo de integración económica desde el punto de vista de la Carta política, se han denominado "cuestión constitucional"[6], que puede resumirse en el análisis de la compatibilidad de las normas de la Constitución nacional con un sistema regional que establezca la limitación, delegación o transferencias de competencias de actuación (hasta ahora monopólicamente administradas por las autoridades públicas) a órganos externos al Estado, a los cuales se les confiere, además, la potestad de emitir normas jurídicas obligatorias aplicables a dichos Estados y a sus nacionales. A partir de ello se presentan para el jurista constitucional una serie de interrogantes que hacen relación, en particular, a la disponibilidad del ejercicio de

---

4 Es decir, un ordenamiento normativo, nacido al amparo de un tratado de integración económica entre Estados (lo que incluye el derecho derivado, producto de la actividad legislativa y de administración de los órganos regionales que se instituyan), dotado – en virtud de su propia naturaleza – de efecto directo, primacía y efecto inmediato.

5 Estos planteos no desestiman, en absoluto, la opción por una adecuación de las Constituciones nacionales, cuando ello corresponda. Sin embargo, se ha pretendido ofrecer una hermenéutica, no "alternativa" a la reforma, sino respaldatoria de su innecesariedad.

6 Cfr. GROS ESPIELL, "La Integración Económica Latinoamericana y la Constitución Uruguaya", en Temas Jurídicos Nº 1 "La Constitución de 1967", ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1968, pág. 38; Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, "Derecho de la integración Latinoamericana", ed. Depalma, Buenos Aires, 1969, págs. 1105 ss. En el ámbito Latinoamericano, el encuentro académico más conocido sobre esta temática lo constituye la recordada "Mesa Redonda sobre la Integración de América Latina y la Cuestión Constitucional", Universidad Nacional de Bogotá, 6 a 8 de febrero de 1967, ed. Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, Washington, 1968.

atribuciones propias del Estado y sus autoridades y la naturaleza de los órganos extranacionales a los cuales puede beneficiarse con tal disponibilidad (organismos intergubernamentales y supranacionales); al efecto reflejo que tiene esta nueva distribución de poderes de actuación hacia al interior del Estado con relación a la división interna de las funciones gubernamentales (Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y Estado Central y Entes Provinciales y Locales); a la amplitud de las facultades del Poder Ejecutivo para contraer obligaciones jurídicas en el marco de las instituciones regionales que se creen, y a los alcances y efectos del nuevo ordenamiento normativo nacido al amparo del proceso de integración en el derecho interno, bien se trate de las disposiciones del tratado fundacional como de aquellas adoptadas por las instituciones con capacidad decisoria.

Esta situación de profundos cambios que nace a partir de los tratados de integración, entre nosotros, principalmente, a partir de la suscripción del Tratado de Asunción – que sienta las bases del MERCOSUR –, requiere tener una apoyatura concreta en la Constitución nacional, en tanto norma suprema que regula la actividad normativa de las autoridades nacionales y permite, según sus términos, la apertura del sistema jurídico interno a las disposiciones provenientes de terceros ordenamientos.

2. LAS CONSTITUCIONES NACIONALES Y EL MERCOSUR

En el caso de las Constituciones nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR la integración económica no ha constituido un asunto que haya pasado desapercibido para el legislador constituyente. En efecto, los cuatro textos fundamentales han receptado, a su turno y de modo diferente, la posibilidad de la suscripción de tratados constitutivos de mecanismos de integración; por ello puede decirse que todas las Cartas magnas tienen inscripta su propia cláusula de habilitación.

Más aún, puede observase que en todas las constituciones la cláusula habilitante ha sido prevista de modo autónomo y separado del régimen aplicable a las relaciones internacionales y a los tratados con los demás sujetos del derecho internacional, es decir que para el legislador primario, los tratados fundacionales de un proceso de integración usufructúan de un régimen especial, en cuanto a sus alcances y efectos, sin perjuicio, en algunos casos, de compartir con los tratados – si se quiere – clásico ciertos aspectos procedimentales como el proceso de su celebración. Esta circunstancia acredita que para el constituyente existe una clara distinción entre los tratados internacionales comunes y aquellos que instituyen un marco de integración económica.

Nos obstante, es evidente que, en una primera aproximación, estrictamente literal, es posible dividir las cuatro constituciones en dos grupos. El primero formado por las Constituciones nacionales de Argentina (artículo 75, inciso 24) y Paraguay (artículo 145), que son las más recientes, de 1994 y 1992, respectivamente, que contienen una cláusula de habilitación, si se quiere más específica, y el segundo conformado por la Constitución Federal brasileña (artículo 4, párrafo único) y la Constitución nacional uruguaya (artículo 6), más antiguas, de 1988 y 1967, respectivamente, cuyas cláusulas son de un contenido más programático.

3. CONCLUSIONES PARTICULARES

3.1 BRASIL

La Constitución Federal de 1988 (CF 1988) tiene numerosas referencias al derecho internacional y a los principios que rigen el accionar del Estado brasileño en el marco de sus

relaciones exteriores. En materia de integración regional, la importancia otorgada por el constituyente queda demostrada al haberle dedicado a su tratamiento una disposición incluida dentro del capítulo de los principios del orden constitucional, estando contenida en esta parte la cláusula de habilitación.

3.1.1 Etapas de la celebración de los tratados

1. Las etapas de concertación de los tratados y acuerdos internaciones (que deban seguir el mecanismo clásico) se estructuran a partir de la concurrencia de actos de los Poderes Ejecutivo, negociación y firma, del Legislativo, aprobación y nuevamente del Ejecutivo, ratificación (lo que incluye su canje o depósito).

2. La práctica interna ha sumado como formalidad adicional, no exigida por la Constitución (Rezek[7] y Rodas[8]), pero avalada, en innumerables oportunidades, por la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal (STF) y del Superior Tribunal de Justicia (STJ), la "promulgación" del tratado a los fines de su aplicabilidad doméstica. El alcance asignado a este último acto practicado por el Ejecutivo, que podría plantear el interrogante de su ajuste con el principio de división de los poderes, además de no reparar en el artículo 4 de la Convención de La Habana sobre Tratados de 1928 (vigente para Brasil), tampoco resulta justificable constitucionalmente si se apela – como suele alegarse – a su finalidad publicitaria, puesto que para ello bastaría con la publicación del Decreto Legislativo[9] de aprobación conjuntamente con el texto del tratado en el Diário Oficial da União (DOU)[10], encargándose, al mismo tiempo, al Ministerio de Relaciones Exteriores el aviso oficial – en su momento – de la entrada en vigencia internacional de dicho tratado; para tal objetivo sería suficiente una reforma legislativa o, aún sólo de normas administrativas. La jurisprudencia, no obstante haber desestimado la posición dualista extrema (exigencia de una ley del Congreso, distinta del acto de aprobación, que reproduzca el texto del tratado), ha considerado que otra de las finalidades de la promulgación es la incorporación del acuerdo internacional – ya vigente en el ámbito externo – al derecho interno, lo cual ha sido calificado como un requisito condicionante de su aplicabilidad doméstica.

---

[7] REZEK, José F., "Direito Internacional Público", 2ª edição, ed. Saraiva, São Paulo, 1991, pág. 84. Así también, BORJA, Sérgio, "A incorporação de tratados no sistema constitucional brasileiro", RDM (Revista Derecho del MERCOSUR, ed. La Ley, Buenos Aires) 2001-4, pág. 93; *del mismo autor*, "Teoría Geral dos Tratados - Mercosul: a luta pela união Latino-Americana", ed. Ricardo Lenz, Porto Alegre, 2001, pág. 39; KANDLER, Lise de Almeida, "O efeitos das normas do Mercosul no ordem jurídica Brasileira", *tesis doctoral* presentada en el Departamento de Derecho del Estado de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo, São Paulo, 1998, pág. 217. La misma opinión, respecto a las Decisiones del Consejo del Mercado Común (CMC), es defendida por OLIVAR JIMENEZ, Martha Lucía, "La comprensión del concepto de Derecho comunitario para una verdadera integración en el Cono Sur", Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas Nº 16, serie internacional VI, julio - diciembre 1996, ed. Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo, pág. 135.

[8] RODAS, João Grandino, "Tratados internacionais, sua executoriedade no direito interno brasileiro", Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia Nº 1/2, vol. 21, dezembro 1992, Brasil, pág. 323. Igualmente, BASTOS, Carlos E. Caputo, "O proceso de integração do Mercosul e a questão da hierarquia constitucional dos tratados", en Estudos da Integração vol. 12, ed. Senado Federal, Porto Alegre, 1997, pág. 66. Según informa Câmara, el primer acuerdo internacional que fue objeto de un acto de promulgación fue el Tratado de Reconocimiento de la Independencia del Imperio, firmado en Portugal, el 29 de agosto de 1825 y promulgado por Decreto de 4 de abril de 1826 (CÂMARA, José Sette, "A Conclução dos Tratados Internacionais e o Direito Constitucional Brasileiro", Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional N° 69-71, anos XXXIX a XLI, 1987/1989, pág. 69). Cachapuz de Medeiros, no obstante reconocerle a la promulgación los mismos orígenes, alega que la base constitucional puede hallarse en los artículos 5, II (principio de legalidad), y 84, IV (competencia privativa del Presidente para sancionar, promulgar y hacer publicar las leyes) de la Constitución (CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio P., "O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais", ed. Instituto dos Advogados de Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1983, pág. 470). M. Reis, luego de reparar también en la falta de exigencia del acto promulgativo de acuerdo al texto de la constitución formal, mantiene que el fundamento normativo se encuentra, sin embargo, en la constitución material, es decir en una costumbre que data desde la época del Imperio; de esta manera el requisito de la promulgación encontraría respaldo en el texto de la Carta Fundamental y éste, a su vez, es la fuente de valides de la LICC (Ley de Introducción al Código Civil, Decreto-lei 4.657, 04/09/1942, DOU 09/09/42) y del Decreto 96.671/88, que mencionan el acto de la promulgación presidencial (REIS, Márcio Monteiro, "Mercosul, União Européia e Constituição: a integração dos Estados e os Ordenamentos Jurídicos nacionais", ed. Renovar, Río de Janeiro, 2001, págs. 94 a 97).

[9] Que es el sucedáneo de la Ley Aprobatoria que encontramos en los derechos argentino, paraguayo y uruguayo.

[10] Tal como ocurre con el Proyecto de Decreto Legislativo, que se publica en el Diario del Senado Federal.

Asimismo, cabe destacar que las normas de la Constitución Federal que regulan el procedimiento de celebración de los tratados nada establecen acerca de la promulgación; por lo demás, la competencia presidencial para dictar actos promulgativos sólo se extiende a las "leyes". En materia de tratados sobre derechos humanos la Constitución parecería habilitar su aplicación inmediata, a partir de su entrada en vigor internacional, con prescindencia del decreto de promulgación.

3. La orientación monista del ordenamiento brasileño puede sustentarse en lo previsto en las disposiciones de la Carta política, principalmente aquellas que establecen las competencias de los órganos del Poder Judicial que permiten la aplicación de los tratados y acuerdos propiamente dichos, lo que significa considerarlos parte integrante de la legislación interna, sin necesidad de intermediación normativa. La Constitución establece claramente que las fuentes jurídicas a ser aplicadas por el juez son las disposiciones internacionales y no las reglas internas de incorporación. A dicho argumento puede agregarse la vigencia de la costumbre internacional y su aplicabilidad por los tribunales.

3.1.2 Atribuciones de los Poderes

1. En cuanto a las atribuciones para concertar los acuerdos internacionales, la competencia sustancial recae en cabeza del Poder Ejecutivo, a quien cabe el manejo de las relaciones internacionales. Corresponde a este departamento, de forma discrecional, la negociación y firma de los tratados, así como también, obtenida la aprobación parlamentaria cuando ella corresponda, la ratificación y su depósito o canje.

Existen supuestos de actos internacionales amparados bajo la zona de reserva de la Administración que no necesitan – tal como ocurre en el ámbito interno – del consentimiento legislativo. La misma exigencia puede ser obviada en los casos en los que el Ejecutivo, o sus representantes designados, adopten medidas de ejecución de un acuerdo internacional previamente aprobado por el Congreso, siempre que aquél pueda calificarse como un acto derivado del tratado marco, y su sanción esté prevista en las disposiciones de este último[11].

Los acuerdos concertados bajo el amparo del Tratado de la ALADI son puestos en vigencia en el derecho brasileño mediante un decreto presidencial que se dicta al efecto. Es decir que cada acuerdo en particular es objeto de una norma interna individual adoptada por el Poder Ejecutivo, sin requerir previamente la aprobación del Congreso, pues se considera que ésta ha tenido lugar al momento de la tramitación del tratado marco y cobija a todos los actos que puedan entenderse derivados de éste.

2. Según el texto constitucional, el Parlamento debe intervenir en el procedimiento de celebración a través de la aprobación de los acuerdos, cuando éstos tengan una incidencia que repercuta de manera ostensible en las rentas de la Nación. Esta fórmula, presente en el artículo 49, I, de la Carta magna, es colocada en la mayoría de los Decretos Legislativos mediante los cuales el Congreso aprueba los tratados; sin embargo tal coletilla no figura – por lo general – en los instrumentos de ratificación depositados por el Gobierno nacional, ni tampoco en los decretos de promulgación. Esta práctica del Poder Legislativo sería factible de impugnación ante los tribunales internos, si dicha fórmula es invocada contra la vigencia de un acuerdo dictado bajo el amparo de un tratado previamente consentido por el mismo legislador, en particular aquellos constitutivos de un proceso de integración, atento a los

[11] V.gr., Tratado de Montevideo 1980 constitutivo de la Asociación Latinoamericana de Integración – Asociación Latinoamericana de Integración

efectos propios del ordenamiento jurídico que surge a partir de los mismos; tal formalidad[12] no constituye un eximente suficiente para no aplicar un compromiso así concertado[13].

En materia de tributos aduaneros, el principio de legalidad exige la participación del Parlamento en la aprobación de la norma de base (ley o tratado), quedando facultado el Poder Ejecutivo, en el marco del derecho vigente, para aumentar y disminuir las alícuotas correspondientes, sin que sea necesario requerir un nuevo acto del Congreso. Mediante los mismos tipos de actos, el Parlamento, como titular de la potestad para fijar aranceles aduaneros (condiciones y límites), puede delegar el ejercicio de esta atribución a organizaciones internacionales[14].

3. Una cuestión ampliamente debatida en la doctrina brasileña dice relación a la permisión constitucional de los acuerdos en forma simplificada. En cuanto a la Constitución Federal, interpretada literalmente, puede argumentarse que ciertos tipos de convenios no requerirían de su paso por el Congreso, tales como aquellos que no repercuten gravosamente sobre el patrimonio estatal.

En apoyo de la legitimidad de este tipo de acuerdos obran, además de la práctica seguida por el Estado brasileño, los principios sobre zona de reserva de la Administración – antes mencionado – en concordancia con el de división de los poderes y los supuestos en los que estos convenios constituyan un acto de ejecución de un tratado que ha obtenido en su momento la aprobación del Congreso[15].

4. Los jueces internos también pueden intervenir en asuntos regidos por tratados y actos internacionales. Según la regulación constitucional de las atribuciones del Poder Judicial, en particular del STF, el control de constitucionalidad de los acuerdos internacionales constituye un expediente jurídicamente posible.

En los hechos la Suprema Corte brasileña no ha renunciado a fiscalizar los tratados en cuanto a su compatibilidad con la Carta política; aún más, reiteradamente ha puesto de manifiesto que llegado el caso en el que las disposiciones de un tratado, incluyendo aquellos en materia de derechos humanos[16] – como el Pacto de San José de Costa Rica –[17], se presenten inconciliables con las previsiones de la Ley Fundamental, no cabe dudas que el primero no podrá ser aplicable en Brasil.

---

[12] Que consta, entre otros, en el Decreto Legislativo 188/95, 15/12/1995, DOU 18/12/95, que aprobó el Protocolo de Ouro Preto.

[13] No obstante así lo interpretó el STF en el conocido fallo en el cual rehusó aplicar el Protocolos de Medidas Cautelares del MERCOSUR, alegando la ausencia de promulgación presidencial y a pesar de encontrarse dicho instrumento vigente en el MERCOSUR, al momento de la sentencia [STF, CR (AgRg) 8.279/AT, ver *infra*].

[14] Según la jurisprudencia del STF, habría que hacer excepción aquí a las cuestiones objeto de reserva de ley complementaria, las cuales no pueden ser materia de regulación por tratados o actos internacionales.

[15] Ver sentencia STJ, 2ª turma, REsp 104.944/SP, rel. min. Adhemar Maciel, 14/04/1998, *Diário Judicial da União* (DJU) 11/05/98; voto min. rel. párr. 3º.

[16] Cabe tener presente que el artículo 1 de la Enmienda Constitucional Nº 45/04 (EC 45/04) – 30/12/2004, DOU 31/12/04 – agregó un nuevo párrafo al artículo 5 de la Constitución, a cuyo tenor "§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*".

[17] El asunto paradigmático ha girado en torno a la constitucionalidad de las disposiciones del derecho interno que permiten la prisión por depósito infiel – que según el STF han sido "receptadas" por la CF 1988 –, frente a la prohibición de prisión civil por deudas contenida en el Pacto de San José de Costa Rica. El STF ha consolidado una línea jurisprudencial que mantiene la validez de la prisión en estos casos (ver, sentencias pleno, HC 72.131/RJ, rel. min. Marco Aurélio, rel. p/acordão min. Moreira Alves, 23/11/1995, DJU 01/08/2003, pág. 103; pleno, RE 206.482/SP, rel. min. Maurício Corrêa, 27/05/1998, DJU 05/09/2003, pág. 32; pleno, HC 81.319/GO, rel. min. Celso de Mello, 24/04/2002, DJU 19/08/2005, pág. 5, entre muchas); no obstante, en tiempos recientes, y dado el contenido de la citada EC 45/04, se encuentra *pendiente* ante el plenario de la Suprema Corte brasileña, la posible revisión de esta posición (ver, pleno, RE 349.703/RS, rel. min. Ilmar Galvão, Informativo del STF Nº 449, y pleno, HC 87.585/TO, rel. min. Marco Aurélio, Informativo del STF Nº 477; asimismo, pleno, RE 466.343/SP, rel. min. Cezar Peluso, Informativo del STF Nº 450 y *voto-vogal* del min. Gilmar Mendez de 22/11/2006, expediente en el cual siete ministros del STF han votado por la inconstitucionalidad de la prisión para el depositario infiel; HC 90.354/RJ, rel. min. Cezar Peluso, *decisão monocrática* del min. Gilmar Mendez en ejercicio de la Presidencia, de 04/01/2007, por la cual hizo lugar al auto de soltura de un particular contra quien se había decretado la prisión por depósito infiel, basándose en que, visto la discusión y la votación que venía realizándose en el RE 466.343 citado, existía cierta plausibilidad jurídica de que los argumentos del peticionante se impongan en la jurisprudencia del STF, Noticias del STF de 05/01/07; en la misma orientación que el caso último mencionado, HC 92.613/MG, rel. min. Cezar Peluso, *decisão monocrática* de 17/10/2007, Noticias del STF de 19/10/07).

Lo mencionado en el párrafo precedente no constituye, sólo, una afirmación de principio, puesto que el STF ha declarado – al menos en una oportunidad – la inconstitucionalidad de un tratado internacional, como lo es la Convención Nº 110 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo[18]).

2.1.3 Jerarquía

Pasando al análisis de la jerarquía deparada a los acuerdos internacionales en el ámbito del derecho brasileño, cabe destacar, en primer lugar, la relación Constitución Federal y tratados, y luego la que vincula a éstos con las leyes del Congreso nacional.

1. Constitución y tratados. Resulta un principio indiscutible en Brasil, aceptado por la doctrina y principalmente por la jurisprudencia, la absoluta ascendencia jerárquica de la Constitución Federal, sobre cuyas disposiciones no puede prevalecer ninguna norma aplicable en el interior del Estado, sea ésta nacional o internacional, lo cual es extensible a los tratados sobre protección de los derechos humanos. Según la doctrina del STF, este principio surge en base a dos argumentos: por un lado, atento a que el procedimiento de reforma constitucional requiere de un mecanismo más exigente y complejo que aquél que se utiliza para la celebración de los tratados y, por el otro, en razón de lo previsto en el artículo 102, III, "b", de la Carta magna (control de constitucionalidad de los tratados)[19].

2. Tratados y leyes. Si bien el punto referido en el ítem precedente no ha concitado mayores debates y ha sido sustentado a lo largo de toda la jurisprudencia del STF, no acontece lo mismo cuando el interrogante vincula los tratados y las leyes nacionales, lo cual se dificulta al no contener la Constitución ninguna disposición específica que resuelva los casos de conflictos.

a) Hasta pasada la mitad del siglo XX, la jurisprudencia del STF reconocía la prevalencia de los tratados sobre las leyes internas, sean anteriores o posteriores, siempre que – en este último caso – éstas no procedieran explícitamente a denunciarlos o se refirieran a ellos disponiendo en contrario. La posición de la Suprema Corte se apoyaba en tres pilares: el carácter especial que revisten los acuerdos internacionales (norma especial) frente a las leyes domésticas (norma general); la estructura bilateral (o multilateral) de los tratados; y el principio sobre la imposibilidad de invocar disposiciones de derecho interno para incumplir un tratado (artículo 10 de la Convención de La Habana, citada).

b) El cambio de orientación en la jurisprudencia del STF tuvo lugar a fines de la década del '70, con motivo de resolverse el conocido expediente RE 80.004/SE (1977)[20], no obstante, previo a esa fecha, algunos precedentes de la Corte hacían presagiar una modificación en su postura. A partir de la citada decisión, el STF entendió que los tratados y las leyes federales

---

[18] Sentencia STF, pleno, REP 803/DF, rel. min. Djaci Falcão, 15/09/1977, RTJ (Revista Trimestral de Jurisprudencia) 84/724. Otro ejemplo que debe citarse es la ADIn MC (Acción Directa de Inconstitucionalidad con pedido de Medida Cautelar) 1.480/DF, rel. min. Celso de Mello, 04/09/1997, DJU 18/05/2001, dirigida contra la Convenio Nº 158 de la OIT. Si bien el tribunal no declaró expresamente la inconstitucionalidad, si hizo lugar a la pretensión preliminar, resolviendo que hasta tanto sea dictada la resolución sobre el fondo, los artículos impugnados del Convenio deberían ser interpretados por las jurisdicciones inferiores de manera *compatible* con la Constitución. El proceso de la ADIn 1.480 fue luego declarado extinto por el relator frente a la aprobación del Decreto 2.100/96, por el cual el Presidente procedió a denunciar la Convención 158 (*decisão monocrática* de 26/06/2001, DJU 08/08/01).

[19] CF 1988, artículo 102 "Es competencia del Supremo Tribunal Federal, principalmente, la garantía de la Constitución, correspondiéndole:… III. Juzgar, mediante recurso extraordinario, las causas decididas en única o última instancia, cuando la decisión recurrida:… b) declárese la inconstitucionalidad de un tratado o una ley federal".

[20] Sentencia STF, pleno, RE 80.004/SE, rel. min. Xavier de Albuquerque, rel. p/acordão min. Cunha Peixoto, 01/06/1977, RTJ 83/809.

se encuentran en un mismo grado normativo, razón por la cual, en los supuestos de incompatibilidad entre ambos, deberá darse aplicación a la norma más reciente (ley o tratado), es decir aplicar el adagio lex posterior derrogat priori, aún cuando ello signifique negarle vigencia a un convenio internacional.

Cabe destacar que si bien esta jurisprudencia ha sido constantemente observada por la máxima jurisdicción, existen algunas sentencias de otros tribunales, y algunos votos disidentes de ministros del propio STF, que defienden una vuelta a la doctrina de la superioridad de los tratados sobre las leyes.

c) La aplicabilidad del criterio de la equivalencia jerárquica constituye la regla general. Sin embargo, existen supuestos en los cuales la doctrina judicial otorga a los tratados una aplicación prevalente. En primer término, cuando el tratado es la norma posterior. En segundo lugar, cuando el convenio internacional funciona como norma especial frente a la ley interna de carácter general; no obstante, esta solución no resulta adecuada desde el punto de vista de la seguridad jurídica puesto que la jurisprudencia puede variar en cuanto a la categorización de un acuerdo como disposición "especial" o de las normas con ellos conflictuantes[21]. Un ámbito en el cual se ha mantenido constante la observancia del principio de especialidad ha sido en materia de tratados de extradición. Finalmente, la superioridad de los acuerdos internacionales se halla reconocida expresamente en el artículo 98 del Código Tributario, aunque sólo respecto de aquellos que versen sobre materia tributaria, y siempre que se trate – según la doctrina del STF – de tratados contractuales y no de tratados normativos.

Como se observa, resulta claro que ninguno de los tres criterios ofrece una solución segura e incuestionable.

d) Desde la perspectiva del derecho vigente, existen otros argumentos normativos en base a los cuales poder sustentar el carácter prevalente de los convenios sobre las leyes nacionales; ellos pueden tener su origen en normas nacionales e internacionales.

Entre las primeras pueden mencionarse las contenidas en la propia Constitución (preámbulo; varios de los principios enumerados en el artículo 4; la distinción entre las leyes y los tratados a lo largo del articulado constitucional; y los artículos 52, 178 y 192, III, "b", en relación a convenios sobre sectores determinados, y 49, I y 84, VII, en cuanto definen al tratado como un acto subjetivamente complejo) y las que surgen de normas legales específicas (tales como los Código Aeronáutico y Tributario y la Ley 8.884, Consejo Administrativo de Defensa Económica – CADE, entre otros).

Por su parte, entre las segundas cabe citar: la Convención de La Habana mencionada (1928, en especial artículo 10), la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (en su carácter de costumbre internacional), que fue suscripta por Brasil pero aún no aprobada por el Congreso[22], y los principios del derecho consuetudinario de bona fide y pacta sunt servanda.

---

[21] Tal como ha ocurrido en la práctica, por ejemplo, en la serie de fallos en los que se analizó si el Código de Defensa del Consumidor (1990) tenía virtualidad suficiente para tornar inaplicable a la Convención de Varsovia sobre Transporte Aéreo (1925). En un principio, el STJ se inclinó por interpretar que dicha Convención constituía una norma especial por lo cual tenía aplicación prevalente en relación al citado Código, que tenía carácter general (4ª turma, REsp 57.529/DF, rel. min. Ruy Rosado de Aguirar, rel. p/acordão min. Fontes de Alencar, 07/11/1995, DJU 23/06/1997; 3ª turma, REsp 58.736/MG, rel. min. Eduardo Ribeiro, 13/12/1995, DJU 29/04/1996, y 2ª turma, REsp 156.238/RJ, rel. min. Waldemar Zveiter, 07/06/1999, RSTJ (Revista del STJ) 123/236). Sin embargo, posteriormente, el tribunal cambió su orientación, considerando que la legislación codificada constituía una norma especial, que al ser posterior al mencionado acuerdo internacional podía desplazarlo (4ª turma, REsp 235.678/SP, rel. min. Ruy Rosado de Aguiar, 02/12/1999, DJU 14/02/2000, pág. 43; 3ª turma, REsp 169.000/RJ, rel. min. Paulo Costa Leite, 04/04/2000, DJU 14/08/2000; 3ª turma, REsp 154.943/DF, rel. min. Nilson Naves, 04/04/2000, DJU 28/08/00, y 2ª turma, EDcl REsp 243.972/SP, rel. min. Carlos A. Menezes Direito, 06/09/2001, DJU 29/10/01, pág. 201, entre muchos).

[22] La aprobación de la citada Convención tramita en el Parlamento a través del Proyecto de Decreto Legislativo Nº 214/92.

3.1.4 Cláusula de habilitación constitucional

La cláusula de habilitación se encuentra regulada en la Constitución Federal, principalmente, en el artículo 4, párrafo único[23].

1. La disposición se ubica dentro del capítulo dedicado a los principios fundamentales de la Carta política, por lo que la integración del Estado constituye una de las bases de todo el ordenamiento constitucional brasileño, y por ello deberá ser impulsada y observada por los Poderes del Estado.

El artículo no figuraba en el texto anterior, siendo incluido en 1988, lo cual demuestra la voluntad del constituyente de permitir la integración de Brasil en procesos más avanzados que los instaurados por los Tratados de la ALALC (Asociación Latinoamericana de Libre Comercio) y la ALADI. A su vez, en tanto la cláusula de habilitación está inscripta en un apartado autónomo, en relación a los artículos constitucionales que regulan el procedimiento de celebración de los tratados, cabe sostener que los acuerdos sobre integración regional se diferencian de los tratados internacionales clásicos, cuanto menos, en lo que se refiere a su valor y aplicabilidad en el derecho interno.

2. A pesar de su programaticidad, la disposición del artículo 4, apartado final, constituye un mandato constitucional dirigido a todas las autoridades públicas, y llegado el caso puede invocarse para exigir una acción u omisión de los Poderes del Estado.

3. El objeto de regulación al cual se dirige la cláusula son los tratados de integración, por lo que los acuerdos que establezcan un mero sistema de cooperación internacional no resultan amparados por dicha norma. Paralelamente, resulta oportuno señalar que la disposición identifica una de las etapas últimas de los procesos de integración ("Comunidad").

4. En cuanto a su contenido, y por ello a las materias que pueden ser objeto de tratados de integración, resulta suficientemente amplio, pues abarca, como expresamente lo dispone, los ámbitos económicos, políticos, sociales y culturales. Prácticamente todos los sectores del quehacer nacional serían susceptibles de ser amparados por este tipo de tratados.

5. La cláusula habilitante ha sido objeto de diferentes interpretaciones en torno a la permisibilidad o no, de mecanismos de integración que incluyan órganos de carácter supranacional y/o un ordenamiento de naturaleza comunitaria.

La posición de la doctrina mayoritaria se inclina por mantener una opinión contraria, sugiriendo como la alternativa más adecuada (y hasta la única posible, según algunos autores) la previa reforma constitucional.

a) El primero de los argumentos invocados como impeditivo de un tratado que instituya órganos supranacionales, han sido las disposiciones de la Constitución que establecen el reparto de competencias entre el Gobierno central, los Estados locales, el Distrito Federal y los Municipios (artículos 22, 23 y 24), puesto que ellas no establecen la posibilidad de cesión a órganos externos.

Para comenzar debe recordarse, una vez más, que la integración regional del Estado brasileño constituye – por voluntad del legislador originario – uno de los principios fundantes del ordenamiento constitucional, razón por la cual la interpretación de las disposiciones de la Carta magna deberá reparar y respetar tal objetivo.

La lectura de los artículos 22 a 24 no obligan a concluir que, en modo alguno, le esté vedado al Gobierno de la Unión, a quien compete el mantenimiento de las relaciones internacionales con

[23] CF 1988, artículo 4, parágrafo único "La República Federativa del Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con vistas a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones".

otros Estados y la participación en organizaciones internacionales (artículo 21, I), la posibilidad de ceder a instituciones autónomas el ejercicio de las materias cuya titularidad le ha sido confiada a nivel interno, si ello garantiza la consecución del mandato del párrafo único del artículo 4.

La finalidad de los artículos citados ha sido fijar parámetros concretos para la distribución doméstica de competencias entre los distintos centros del poder estatal. Una interpretación contraría eliminaría casi por completo las facultades del Ejecutivo para negociar acuerdos internacionales y las del Congreso federal para aprobarlos.

No está de más poner de resalto que la adhesión al sistema federal de gobierno que han seguido varios países europeos, tales como Alemania (Länder), Bélgica (Regiones), España (Comunidades Autónomas) e Italia (Regiones), no ha sido un obstáculo para su integración en la Unión Europea.

b) Otro impedimento constitucional alegado, en particular frente a un eventual tratado constitutivo de un Tribunal de Justicia, ha sido el principio de la universalidad de la jurisdicción que, según se expresa, obliga a sustanciar ante la justicia interna toda afectación o amenaza de los derechos de los particulares (artículos 5º, XXXV y 92, Constitución). La restricción constitucional se pondría de manifiesto en tanto – se argumenta – un sistema de justicia supranacional sustraería el juzgamiento de determinadas controversias por parte del Poder Judicial brasileño.

La posición expuesta requeriría acreditar que, efectivamente, las competencias que fueran asignadas a un futuro Tribunal de Justicia para el MERCOSUR tendría, paralelamente, un desprendimiento de atribuciones que hoy se encuentran dentro de la órbita de actuación del Poder Judicial interno.

Ahora bien, si se parte de un análisis de los sistemas de justicia comunitaria establecidos en los casos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) y de la Corte Centroamericana de Justicia, se puede concluir que las atribuciones que actualmente ejercitan los jueces nacionales no se verían afectadas por las competencias que, llegado el caso, serían otorgadas a un Tribunal de Justicia; al contrario, aquellos verían aumentadas sustancialmente sus prerrogativas jurisdiccionales, convirtiéndose en los verdaderos "jueces de derecho comunitario".

Además, la práctica seguida por el Estado brasileño en el marco de sus relaciones internacionales, especialmente en lo que hace a la aceptación de la jurisdicción de tribunales de justicia internacionales (Corte Permanente de Justicia Internacional, Corte Internacional de Justicia, Corte Interamericana de Derechos Humanos – CIDH[24]), otorgan un argumento positivo adicional.

c) La tercera clase de obstáculos invocados (artículos 170, IX, 171, 176, §1º, 177 y 178, Constitución) no impiden, en sentido estricto, la adhesión a un esquema supranacional; tales óbices son principalmente de naturaleza económica y se vinculan a las relaciones comerciales intra MERCOSUR y no a las características institucionales del bloque. Por lo demás, estos artículos han sido modificados posteriormente.

6. El artículo 4 ha sido objeto de un proyecto de enmienda (PRE Nº 001079, 1994). El mismo estipula, en primer término, la vigencia inmediata de las normas internacionales en el derecho interno, una vez que hallan entrado en vigor en el ámbito internacional; refuerza la importancia "prioritaria" de la integración del Estado; y finalmente, recepta la posibilidad de que las normas oriundas de ciertas organizaciones internacionales, según lo prevean los tratados de los cuales sea

[24] Ver, por ejemplo, para el caso de la CIDH, la aceptación de su jurisdicción obligatoria por Brasil: Decreto Legislativo 89/98, 03/12/1998, *Diário do Senado Federal* 04/12/98, pág. 17.667, y su promulgación por Decreto 4.463/02, 08/11/2002, DOU 11/11/02.

parte Brasil, se incorporen al orden jurídico interno sin necesidad de un acto de las autoridades públicas que las internalice.

La disposición proyectada nada establece acerca de los tratados de integración que instituyan órganos de naturaleza supranacional, lo cual podría entenderse como confirmación de que tal alternativa se encuentra ya habilitada en el texto vigente, más aún cuando se observa que el documento reitera, con una modificación no sustancial, el párrafo único del artículo 4 que hoy rige.

Tampoco se regula la cuestión atinente a la jerarquía de las normas derivadas de los tratados de integración, lo cual resulta positivo atento a que tal prerrogativa, como lo han señalado el TJCE y el TJCA, surge no de una previsión del ordenamiento doméstico sino de la propia naturaleza de las normas regionales.

3.1.5 El Derecho comunitario en el ordenamiento normativo brasileño (MERCOSUR)

3.1.5.1 Jerarquía

1. El rango supremo asignado a la Constitución, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, parecería susceptible de ser alegado aún frente a normas comunitarias las que, en principio, serían pasibles de ser examinadas en su constitucionalidad.

De cualquier modo, cabe hacer aquí algunas precisiones: por un lado la ubicación y el alcance de la cláusula de habilitación, tal como se la ha interpretado, restringen sustancialmente las hipótesis de contraste de una norma comunitaria con el texto de la Carta política. Deberá analizarse preliminarmente si la disposición comunitaria ha sido dictada en ámbitos delegados al poder de actuación regional o, al menos, respecto de los cuales el Estado ha reconocido la imposibilidad de ejercerlos de manera unilateral, en beneficio de los órganos del tratado; de ser así, en principio, la norma no podrá ser declarada contraria a la Constitución porque ella misma define la integración como uno de sus principios nucleares.

En segundo lugar, la cautela que impone cualquier intento de fiscalización constitucional – última ratio de la función judicial – debe ser especialmente calificada en el caso presente en virtud del suficiente respaldo jurídico con que el que cuentan los proceso de integración.

En tercer término, la declaración de inconstitucionalidad de una norma comunitaria requerirá, atento al fundamento normativo de la integración, que el contraste sea manifiesto y evidente, además de afectar una norma también esencial del orden constitucional, debiendo agotarse previamente las vías para hallar una interpretación conforme.

2. Para la posición ampliamente mayoritaria en la doctrina nacional, el sistema de derecho vigente en el MERCOSUR no puede ser calificado de "comunitario", por lo cual se impone hallar, en el seno del propio derecho brasileño, bases normativas para reconocer los atributos de un tal ordenamiento en relación al bloque.

a) Nuevamente el pilar de la argumentación no puede partir sino del dispositivo constitucional que permite la intervención del Estado en los procesos de integración (artículo 4, párrafo único)[25]. Para comenzar, el amparo que la CF 1988 ofrece no distingue entre normas de rango originario (tratados y protocolos) y derivado (Decisiones del CMC, Resoluciones del GMC

[25] Ver también las opiniones de ASSIS DE ALMEIDA, José Gabriel, "As normas do Mercosul e a ordem jurídica brasileira", en "Derecho vigente del Mercosur" (Luis A. Estoup y Jorge Fernández Reyes, coords.), ed. La Ley, Buenos Aires, 2001, págs. 119 a 124; *del mismo autor*, "O Mercosul e a Constituição da República", RDM 2001-3, 59; *ídem*, "A posição das normas do Mercosul no ordem jurídica brasileira: Dez anos após", en "Direito da Integração e Relações Internacionais: ALCA, MERCOSUR, e UE" (Luiz O. Pimentel, coord.), Libro de Ponencias del X Encontro Internacional de Direito da América do Sul, ed. Fundação Boiteux, Florianópolis, 2001, págs. 325 a 328; y de REIS, Márcio Monteiro, op. cit., págs. 949 a 952; *del mismo autor*, "Mercosul, União Européia e Constituição: a integração dos Estados e os Ordenamentos Jurídicos nacionais", ed. Renovar, Río de Janeiro, 2001, págs. 267 a 270 y 281 a 284.

– Grupo Mercado Común –, Directivas de la CCM – Comisión de Comercio del MERCOSUR –, etc.), razón por la cual todas las disposiciones regionales, adoptadas en el marco del Tratado de Asunción (TA), configuran la ejecución del mandato constitucional de la integración con los países de Latinoamérica. Esto implica que dichas normas están revestidas de "protección constitucional" frente a eventuales conflictos con leyes del Parlamento, anteriores o posteriores, y demás disposiciones infra constitucionales. Por ello presentado un conflicto como el descripto, la autoridad interviniente (en especial el Poder Judicial) deberá inaplicar el derecho interno incompatible, salvaguardando así el precepto constitucional contenido en el último párrafo del artículo 4.

b) Por lo demás, el tratamiento diferenciado del Derecho del MERCOSUR en relación al resto de las normas internacionales viene impuesto por la Ley mayor, que ha establecido para ambos órdenes jurídicos bases jurídicas autónomas y, consecuentemente, efectos y jerarquías también distintos; por ello, puede considerarse que el rango asegurado al derecho nacido del TA resulta superior al garantizado a las leyes y también al de los tratados de corte clásico. Podría hablarse, en el este contexto, de un principio de especialidad por mandato constitucional.

c) El régimen diferenciado que el texto fundamental depara a las normas que concretan el proceso de integración les confiere un status de superioridad con relación a las disposiciones internas de rango legal (leyes y equivalentes) y demás actos de inferior jerarquía. Dicho en otras palabras, la violación del Derecho del MERCOSUR, originario o derivado, por una norma del ordenamiento nacional anterior o posterior (ley), constituye una violación contra los actos de un órgano regional que, precisamente, dan cumplimiento al mandato que figura en el párrafo único del artículo 4 de la Constitución.

d) Al mismo tiempo las propias normas del bloque imponen su observancia y obligatoriedad aún frente a las disposiciones del derecho de cada uno de los Estados Partes (artículos 9, 10, 13 y 22 del TA; 2, 9, 15, 20, 38 y 42 del Protocolo de Ouro Preto, y 1, 33, 31 y 39 del Protocolo de Olivos).

e) La obligación de respetar el Derecho del MERCOSUR afecta a todos los poderes y órganos del Gobierno, incluyendo al Poder Judicial. En efecto, éste – según las normas de la Constitución Federal – es el garante último de la vigencia del ordenamiento jurídico (artículos 97, 102, 105, 108 y 109, Constitución), del cual forma parte el derecho del bloque, en los términos de la cláusula de habilitación constitucional.

Como corolario de lo anterior, tanto los particulares (personas físicas y jurídicas) como las autoridades públicas procesalmente legitimadas, podrán recurrir a los tribunales nacionales invocando los derechos que las normas mercosureñas puedan conferirles y solicitar la salvaguarda de los mismos (artículo 5, en especial XXXV, Constitución).

3.1.5.2 Vigencia

1. En cuanto a la entrada en vigencia del Derecho del MERCOSUR originario (tratados y protocolos) en el derecho brasileño, tales normas – al igual que en el resto de los Estados del bloque – deben contar con la debida intervención del Congreso y la posterior ratificación por el Poder Ejecutivo (o procedimiento equivalente).

La calificación del acto de promulgación por parte del STF como condicionante de la entrada en vigor "interna" de los tratados que se suscriban en el ámbito del MERCOSUR[26], resulta difícil

[26] Sentencia STF, pleno, CR (AgRg) 8.279/AT, rel. min. Celso de Mello, 17/06/1998, DJU 10/08/2000, pág. 6.

de compatibilizar no sólo con las disposiciones constitucionales sobre celebración de los convenios internacionales, sino, en particular, con el mandato del artículo 4, párrafo único. Válidamente puede interpretarse el orden constitucional brasileño en el sentido de que, cumplidos los pasos señalados (aprobación y ratificación, o procedimiento equivalente), los tratados entran en vigencia tanto a nivel del MERCOSUR como en el seno del derecho interno en una misma fecha, sin que sea necesario el dictado de una norma legislativa adicional que recepte el contenido del acuerdo[27], ni la adopción del decreto de promulgación; debiendo ser observado y aplicado directamente por los jueces nacionales a partir de su entrada en vigencia según las normas del bloque.

2. En lo que respecta al derecho mercosureño derivado, las opiniones doctrinales se encuentran divididas.

a) Para la mayoría de los autores, la vigencia interna de aquel derecho requiere de su previa y expresa internalización al ordenamiento doméstico, según los casos, por una ley cuando la materia es propia de ésta, o por un acto administrativo (decreto, portaria, resolución, etc.) si la norma cabe dentro del área de competencia de la Administración. Asimismo, para algunos comentaristas, la disposición regional se "contamina" de la jerarquía que a nivel interno tiene el acto estatal de transposición.

b) Para una orientación minoritaria (Lise de Almeida[28]), la interpretación concordante de varias disposiciones de Ley Fundamental permiten reconocer efecto inmediato a las normas mercosureñas.

c) En particular debe señalarse que la orientación mayoritaria, atento a la capacidad normativa de las instituciones regionales, conduce a un resultado – si bien posible – incompatible con la finalidad del artículo 4, párrafo único, de la Constitución, cuyo articulado, por lo demás, no prohíbe ni se muestra reñido con la aceptación de la incorporación automática de las disposiciones mercosureñas.

3.1.6. El Derecho del MERCOSUR y la jurisprudencia nacional

En cuanto a la revisión de la jurisprudencia interna en materia de Derecho del MERCOSUR, puede argumentarse que ella ha sido altamente satisfactoria, con excepción (entre otras) de la sentencia del STF relativa al Protocolo sobre Medidas Cautelares [1998, CR (AgRg) 8.279/AT].

La orientación pro MERCOSUR de la jurisprudencia (STF, STJ y Tribunal Regional Federal de la 4ª Región, principalmente) ha sido acompañada también por la opinión del Ministerio de Relaciones Exteriores (cf. asunto importaciones de arroz).

3.2 PARAGUAY

La Constitución del Paraguay de 1992 es una de las Cartas fundamentales con mayor cantidad de referencias al derecho internacional y a las relaciones internacionales del Estado, al punto de haber incluido un capítulo completo dedicado al tratamiento de estas cuestiones.

3.2.1 Etapas de la celebración de los tratados

1. Los tratados y acuerdos internacionales, desde el punto de vista de su celebración, deben contar con la participación de los poderes Ejecutivo (negociación, firma, ratificación y depósito o canje) y Legislativo (aprobación por ambas cámaras).

---

[27] Cf. sentencia STF, pleno, RE 71.154/PR, rel. min. Oswaldo Trigueiro, 04/08/1971, RTJ 58/70.

[28] KANDLER, Lise de Almeida, op. cit., págs. 203, 234 a 235 y 240 a 241.

La promulgación de la ley aprobatoria es obligación del Presidente, produciéndose automáticamente éste no la realiza en el lapso fijado; a ella sigue su publicación oficial.

2. El ordenamiento jurídico del Paraguay tanto por disposición constitucional (artículos 137 y 141, Constitución) como así también por fuerza de normas legislativas sancionadas aún antes de la Ley Fundamental de 1992 (incluyendo códigos que regulan la actividad judicial), adscribe a la escuela monista, en lo que hace a las vinculaciones entre el derecho interno y el derecho internacional. De esta manera los tratados y los convenios, aprobados y ratificados debidamente, entran en vigor en el sistema jurídico nacional al mismo tiempo que lo hacen en el ámbito internacional.

Tal actitud ha sido acompañada por la jurisprudencia que aplica directamente las disposiciones de los acuerdos invocados.

3.2.2 Atribuciones de los Poderes

1. En materia de relacionamiento externo, las potestades sustanciales han sido conferidas al Poder Ejecutivo, que detenta la representación exterior del Estado.

Cabe al Presidente, y por su intermedio al Ministerio de Relaciones Exteriores, la negociación y firma de los tratados, así como también la ratificación y su depósito siempre que exista la aprobación previa del Congreso; este acto del legislativo no obliga el Presidente a proceder a la ratificación, lo cual constituye una atribución exclusiva y discrecional.

El Departamento Ejecutivo tiene bajo sus potestades privativas la posibilidad de terminar, suspender, solicitar la nulidad y denunciar los tratados, salvo para este último caso cuando el instrumento internacional sea de aquellos relativos a los derechos humanos, en cuya hipótesis se deberá seguir previamente – al acto de denuncia – el procedimiento de enmienda constitucional.

2. En principio, el sistema constitucional paraguayo exige que todos los acuerdos y tratados internacionales deban contar con la aprobación por ambas cámaras del Parlamento. Tal intervención del Congreso cumple con uno de los requisitos exigidos a fin de que los tratados sean parte del derecho interno con rango superior a las leyes.

El principio de legalidad se encuentra receptado en relación a varias materias tasadas constitucionalmente.

En lo que hace a las normas sobre tributación del comercio exterior, como así también sobre regímenes que afectan los intercambios de importación y exportación, el Congreso ha delegado importantes facultades a la Administración a través del Código Aduanero y otras disposiciones concordantes.

Por lo demás, según el sistema de la Constitución, el principio de legalidad queda cumplido cuando existan tratados o acuerdos aprobados por el Parlamento.

3. Acuerdos en forma simplificada. La zona de reserva de la Administración, interpretada en concordancia con el principio de división de los poderes, permite sostener la posibilidad de los acuerdos concertados en forma simplificada, en tanto el Poder Ejecutivo no altere – mediante la suscripción del acto internacional – los límites de la competencia que ha nivel interno detenta con carácter exclusivo.

Al supuesto anterior cabe adicionar aquellos acuerdos adoptados en desarrollo de un tratado previamente aprobado por el legislador, siempre y cuando de sus disposiciones o de su contenido se desprenda la posibilidad de actos de ejecución. En tal supuesto, el aval del Congreso se extiende a los actos que ponen en práctica las disposiciones de los tratados aprobado expresamente.

En cuanto a la jerarquía de los instrumentos que no han contado con la anuencia legislativa, ello dependerá del supuesto de que se trate.

En el caso primeramente mencionado, el rango normativo – desde la óptica del derecho interno – dependerá de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico paraguayo en materia actos privativos de la Administración. En la segunda hipótesis, puede mantenerse que tales acuerdos de ejecución, al derivar de un tratado que contó – oportunamente – con la aprobación del Parlamento, revisten la jerarquía que les confieren los artículos 137 y 141 de la Ley Fundamental (prevalencia sobre la ley).

4. Los acuerdos suscriptos en el marco del Tratado de la ALADI son puestos en vigencia en Paraguay – por lo general – a través de un decreto del Presidente, refrendado por los ministros con competencia en el área de la que trate. Dicho decreto se dicta para cada caso en particular; sin embargo ello no impide que un mismo decreto disponga la ejecución de varios acuerdos al mismo tiempo[29].

Esta práctica seguida por el departamento ejecutivo no tiene la entidad jurídica suficiente para alterar los alcances de las disposiciones constitucionales. En tal sentido, atento a la posición monista a la que adhiere la Carta política, en los supuestos en que no sea dictado el correspondiente decreto dentro del plazo fijado por el propio acuerdo para su entrada en vigor – hipótesis que se reitera más de la cuenta –, ello no impedirá que pueda ser invocado por los particulares antes las autoridades públicas (v.gr. la Aduana) y en especial ante los tribunales internos, quienes deberán otorgarle debida aplicabilidad.

5. El control de constitucionalidad en el derecho paraguayo descansa en la Corte Suprema de Justicia (CSJ), y en su seno puede ser materia de la sala Constitucional (regla) o del Pleno.

A tenor de las disposiciones de la Carta magna (artículos 132, 137, 141, 247, 259, inciso 5 y 260), puede considerarse que los tratados internacionales eventualmente pueden ser objeto de fiscalización constitucional por parte de la Corte Suprema de Justicia. De cualquier modo se desconoce un caso concreto en el cual la Corte Suprema haya declarado la inconstitucionalidad de un tratado.

3.2.3 Jerarquía

1. Las diferentes constituciones del Paraguay se han caracterizado por mantener, expresamente, la supremacía de la Ley Fundamental sobre el resto de las normas aplicables en el ordenamiento interno, estableciendo, por lo general, una disposición que fija un orden jerárquico que ubica a la Constitución, y sólo a ella, en su vértice.

En la Carta magna hoy vigente ello surge de los artículos 137 y 141, que deparan a los tratados y acuerdos internacionales status infraconstitucional, siendo la principal vía para asegurar la observancia de tal gradación la censura de inconstitucionalidad que puede plantearse en último término ante la CSJ.

2. El ordenamiento paraguayo ha sido uno de los primeros en garantizar a los tratados una jerarquía superior a las leyes domésticas, sean éstas anteriores o posteriores (Constitución de 1967).

Ello continúa con la Ley Fundamental de 1992, en la redacción de los artículos mencionados en el ítem precedente; al mismo tiempo ello ha sido pacíficamente aceptado por la jurisprudencia de los tribunales.

El beneficio normativo exige que el tratado haya sido debidamente aprobado por el Congreso y ratificado por el Ejecutivo. Ello no significa que cada acto internacional en particular requiera su paso por el Parlamento, sino que éste haya tenido la intervención que por mandato

[29] Sólo en casos muy excepcionales el Poder Ejecutivo ha elevado los acuerdos de la ALADI al Congreso para su aprobación.

constitucional le corresponde; en tal sentido, puede mantenerse que también revisten aquel rango jerárquico los acuerdos concertados en forma simplificada dictados en ejecución de un convenio que contó en su oportunidad con aprobación parlamentaria.

3.2.4 Cláusula de habilitación constitucional

1. Paraguay conjuntamente con Uruguay han sido los primeros Estados Partes en plasmar en sus respectivas constituciones el fenómeno de la integración económica del Estado (1967).

En la actualidad la cláusula de habilitación paraguaya – con una redacción original – se halla inscripta en el artículo 145 de la Carta política[30].

2. La Constitución establece requisitos de fondo y forma para la aprobación de los tratados de integración a los que se refiere el artículo 145.

Los segundos deben ser completados, subsidiariamente, con las normas que regulan el procedimiento general de celebración de los tratados clásicos, salvo lo estipulado respecto a la mayoría especial que se exige para el tratamiento de los tratados de integración (supranacionales).

Los primeros (v.gr. igualdad, justicia, etc.) deben ser interpretados en el contexto de un proceso de integración.

3. La disposición permite la celebración de tratados de integración en materia económica, social, cultural, etc., que instituyan órganos de carácter supranacional (incluido un Tribunal de Justicia).

Por tales tratados el Estado paraguayo podrá delegar o transferir el ejercicio de ciertos atributos a instituciones conformadas por miembros independientes y autónomos de la voluntad de los gobiernos de los países socios. Al mismo tiempo, el citado artículo habilita el reconocimiento de un sistema jurídico de naturaleza comunitaria, siempre en el marco de un mecanismo de integración.

4. El párrafo segundo del artículo 145 constitucional se ha prestado, en algún momento, a diferentes interpretación en torno a la determinación de si las normas aprobadas por las instituciones que creen los tratados a los que se refiere el párrafo primero tienen, o no, efecto inmediato (innecesariedad de actos nacionales de recepción).

De la lectura y la finalidad de la disposición en su conjunto, se desprende que las "decisiones" que requieren de la aprobación parlamentaria son aquellas por las cuales el Estado paraguayo acepte un sistema de integración dotado de un "orden jurídico supranacional", es decir los tratados fundacionales del proceso; no así la normativa dictada por los órganos que tales tratados instituyan.

3.2.5 El Derecho comunitario en el ordenamiento normativo paraguayo (MERCOSUR)

3.2.5.1 Jerarquía

1. Lo dispuesto en el artículo 145 de la Constitución no afecta el rango prevalente que la Ley Fundamental tiene asignado.

---

[30] Constitución, artículo 145 "*Del orden jurídico supranacional.* La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural.
Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso".

No obstante, llegado el caso de impugnarse constitucionalmente el derecho resultante de los tratados amparados bajo la cláusula de habilitación, la autoridad propia que dimana del artículo citado exige extremar el análisis del cumplimiento de los requisitos que habilitan la instancia de revisión constitucional ante la CSJ.

Asimismo, la cesión de competencias normativas al ámbito de actuación regional, el principio de división de los poderes, el asiento constitucional de los procesos de integración y los principios rectores en materia de relaciones internacionales que la Ley Fundamental prescribe, justifican, entre otros, la necesidad de aplicar rigurosamente los requisitos del examen de constitucionalidad del Derecho comunitario.

2. La aceptación de un ordenamiento jurídico de carácter comunitario, tal como resulta del artículo 145, solucionaría el debate acerca de la relación entre el derecho regional y las normas internas infraconstitucionales.

Sin embargo, siendo mayoritaria la posición doctrinaria paraguaya que rechaza cualquier rasgo comunitario del Derecho del MERCOSUR, se impone el auxilio del plexo normativo constitucional a los fines de investigar el alcance de las disposiciones nacidas al amparo del TA.

a) En relación al derecho mercosureño originario, la primacía sobre la legislación infraconstitucional, anterior y posterior, viene garantizada por los artículos 137 y 141, en concordancia con el artículo 145, todos de la Constitución.

b) Los mismos artículos, interpretados concordantemente con el artículo 202, inciso 9 (atribuciones del Congreso en materia de aprobación de tratados internacionales), de la Carta política, permiten sostener, en relación al Derecho del MERCOSUR derivado, que en los supuestos en los que se halla conferido a las instituciones regionales potestad normativa (decisoria), v.gr. TA, POP y PO, los actos emitidos en virtud de tales disposiciones revisten – por amparo constitucional – valor superior a las leyes y demás legislación inferior, tal como acontece con los tratados constitutivos que han contado en su momento con el consentimiento legislativo.

3.2.5.2 Vigencia

El fundamento normativo–constitucional mencionado en el ítem precedente (artículos 137, 141 y 202, inciso 9), interpretado a la luz del artículo 45 de la Ley mayor, posibilitan sustentar, respecto de ambas ramas del ordenamiento del MERCOSUR – originario y derivado –, su vigencia de forma inmediata (sin necesidad de acto estatal alguno de internalización[31]) y directa (invocación por los particulares).

En efecto, al declarar la Carta política paraguaya que los tratados y acuerdos integran el ordenamiento nacional, ello los hace parte del plexo normativo del cual podrán valerse tanto los particulares para invocar sus derechos, como los jueces internos y las autoridades públicas para resolver las cuestiones que les sean planteadas con relación del Derecho del MERCOSUR.

3.2.6 El Derecho del MERCOSUR y la jurisprudencia nacional

En materia de aplicación judicial del Derecho del MERCOSUR, la jurisprudencia paraguaya ha sido altamente favorable, pudiendo citarse entre ellos expedientes que han llegado a

[31] Obviamente, en relación al ordenamiento originario, será siempre necesario – tal como ocurre en cualquier proceso de integración – la intervención del Legislativo (aprobación) y del Ejecutivo (ratificación).

conocimiento de la CSJ, en los cuales el Alto tribunal ha aplicado de oficio disposiciones mercosureñas[32].

3.3 URUGUAY

La Carta política de Uruguay de 1967 constituye el documento de mayor data de los Estados Partes, al tiempo que forma parte del grupo de países sudamericanos que iniciaron el tratamiento de la integración económica a nivel constitucional, a través de la inclusión de una cláusula específica.

3.3.1 Etapas de la celebración de los tratados

1. De forma similar a las constituciones que se han mencionado previamente, la Carta política uruguaya sigue en materia de celebración de los tratados y acuerdos internacionales un iter procedimental que principia con la intervención del Poder Ejecutivo en lo que hace a las negociaciones y la firma, continúa con la aprobación por ambas cámaras de la Asamblea General y culmina con la ratificación y su depósito (o canje) por el primero.

Una vez adoptada la ley aprobatoria de un tratado por el Congreso, el Presidente – de no tener reparos al respecto – debe promulgarla dentro del plazo establecido, existiendo la posibilidad de que tal acto tenga lugar de forma tácita.

La ley aprobatoria – que contiene como anexo el texto íntegro del tratado – y su promulgación deben publicarse inmediatamente en el Diario Oficial (DO).

2. La cuestión de la identificación del derecho uruguayo como adherido al monismo o al dualismo ha sido uno de los puntos más ambiguos de la jurisprudencia, lo cual contrasta con la posición asumida tanto por la legislación especial como así también por el Poder Ejecutivo.

a) La inicial aceptación de los postulados monistas por parte de la Suprema Corte de Justicia (SCJ)[33], dio paso posteriormente, en especial a partir de los años '80, a la orientación contraria (dualismo)[34].

La tendencia actual en el Poder Judicial parecería inclinarse nuevamente hacia la aplicación inmediata de la normativa internacional una vez que haya entrado en vigor según sus propias disposiciones al respecto, en especial en lo que se refiere al derecho consuetudinario, a los Convenios de la OIT, a los tratados sobre derechos humanos y a las disposiciones y acuerdos derivados de los tratados de integración (v.gr. ALADI)[35].

b) La corriente mayoritaria en la doctrina se orienta también hacia el reconocimiento de la vigencia inmediata de los tratados en el derecho interno, es decir hacia su aplicación directa una vez entrados en vigor a nivel internacional.

c) Desde el punto de vista del derecho nacional, tanto la Constitución (artículos 46, 239, inciso 1 y 72, en concordancia con el artículo 332) como la codificación de fondo y de forma y la doctrina administrativa que surge de las normas del Poder Ejecutivo, ofrecen elementos adicionales para sostener la adhesión a los postulados propios de la escuela del monismo.

---

[32] V.gr. CSJ, Acuerdo y Sentencia Nº 268/2001, sala Constitucional, "acción de inconstitucionalidad en el juicio: Souza Cruz S.A. c/La Vencedora S.A. s/nulidad de la marca Hollywood", Nº 326/1999, 30/05/2001, ministro preopinante, Sapena Brugada.

[33] SCJ "A. Ledoux y M. Timsit – Exposición (Banco Francés)", 17/01/1941, LJU (La Justicia Uruguaya) caso 523, tomo II, 1941, págs. 312 a 318, párrs. 5º, 6º a 12º y 17º del dictamen del Fiscal de Estado que la Corte hace suyo.

[34] SCJ "Daimler Benz", sentencia Nº 400/85, 23/12/1985 (*inédito*); "González/Aceiteras del Uruguay", ficha 357/89, sentencia Nº 25/90, 20/06/1990, LJU caso 11.631, tomo CII, 1990, pág. 109, y "Colina/C.U.T.C.S.A", ficha 643/93, sentencia Nº 737/95, 25/09/1995 (*inédito*), entre otras.

[35] Ver respecto de éstos últimos, sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, "Aliança da Bahía Compañía de Seguros", ficha Nº 179/96, sentencia Nº 1.016/78, 09/11/1998, RDM 1999-3, 304 a 322.

3.3.2 Atribuciones de los Poderes

1. Las relaciones exteriores han sido delegadas por la Constitución uruguaya, privativamente, en el departamento ejecutivo.

En materia de celebración de tratados, las fases iniciales (a diferencia de la Carta política de 1830) son desarrolladas exclusivamente por el Ejecutivo, esto es la negociación y firma; asimismo, luego de obtenido el consentimiento legislativo – que puede ser solicitado según el procedimiento de urgencia –, aquel poder interviene nuevamente, de manera discrecional, a los fines de ratificar el acuerdo y adoptar los actos siguientes necesarios (depósito o canje).

2. Los diferentes estatutos fundamentales han procurado asegurar, en la mayor medida posible, la participación del Congreso en el proceso de concertación de los tratados prescindiendo, en principio, de la materia a la cual éstos se refieran.

a) Se discute en el derecho uruguayo si el Parlamento, ante la falta de remisión por parte del Ejecutivo, puede abocarse a la elaboración y presentación de un proyecto de ley aprobatoria de un tratado. La interpretación constitucional y las particularidades propias del procedimiento de celebración de los acuerdos, inclinaría a pensar en una respuesta negativa.

b) El Poder Legislativo, al tiempo de aprobar un tratado, no tiene potestad para reformar su texto, sin perjuicio de la posibilidad de sugerir al Ejecutivo la anexión de reservas, cuando ello sea posible.

c) Según una opinión ya consolidada, la ley aprobatoria no se confunde con el contenido del tratado que aprueba, y ha de ser interpretada como una etapa previa e ineludible para la ratificación, siendo este último acto el que perfecciona el tratado y le otorga carácter obligatorio.

d) El principio de legalidad establecido en la Carta fundamental (artículo 10) exige el origen legislativo de los tributos (artículo 85 y concordantes), entre ellos los aplicables al comercio exterior.

Ello no impide que el ejercicio de las facultades reglamentarias en la materia puedan ser cedidas al poder Administrador u otro ente con capacidad decisoria, a través de una ley (v.gr. Código Aduanero y legislación especial) o de un tratado aprobado por el Parlamento.

3. Acuerdos en forma simplificada.

a) Tal como lo ha reconocido el Gobierno uruguayo en el ámbito del MERCOSUR, el derecho nacional permite identificar determinadas materias que hacen parte de la zona de reserva de la Administración. En este ámbito, en concordancia con el principio de la división tripartita de los poderes y las facultades asignadas por la Constitución al Presidente en cuestiones de relaciones exteriores, puede sustentarse la viabilidad de acuerdos internacionales concertados por el Ejecutivo que no necesitan para su validez interna de la aprobación legislativa. Ello, a su vez, ha sido ratificado en supuestos particulares por algunas leyes y códigos.

b) Al caso precedente pueden adicionarse las hipótesis en las que el propio legislador habilita al Poder Ejecutivo, mediante la sanción de una ley propiamente dicha o de la aprobación de un tratado, para la adopción de actos o acuerdos que desarrollan o ejecutan las disposiciones de un tratado marco.

Ello ha ocurrido desde antiguo en Uruguay, en particular con los acuerdos derivados de la ALALC y de la ALADI, en relación a los cuales el Ejecutivo emitió sendos decretos que establecían/en los detalles de su entrada en vigencia inmediata en el seno del ordenamiento jurídico nacional (Decretos 634/973 y 663/985, respectivamente)[36]. Tal mecanismo ha sido aceptado, dentro de ciertos límites, por la jurisprudencia contencioso administrativa.

[36] Decretos 634/973, por el que se establece la fecha de vigencia de las modificaciones que se operen en la Lista Nacional de Uruguay, 07/08/1973, Registro Nacional de Leyes y Decretos, 1973, págs. 689 a 691, y 663/985, por el que se establece la vigencia de los compromisos internacionales suscritos en el marco jurídico de ALADI en materia de Acuerdos de Alcance Regional y Acuerdos de Alcance Parcial, 27/11/1985, DO (Diario Oficial) 29/01/1986, pág. 466. Sin embargo, en casos muy excepcionales el Poder Ejecutivo ha solicitado la

4. En el sistema jurídico oriental, el control de constitucionalidad forma parte de las atribuciones exclusivas de la SCJ.

Se ha debatido doctrinariamente acerca de los alcances de un eventual examen de constitucionalidad de un tratado internacional; no obstante, en lo que sí parecería haber un cierto consenso es en torno a la competencia del Poder Judicial para efectuar tal fiscalización. En cualquier caso se desconoce si la SCJ declaró en algún supuesto concreto la inconstitucionalidad de un acuerdo internacional.

3.3.3 Jerarquía

1. Constitución y tratados. Una de las diferencias que resulta del tenor literal de la Carta política del Uruguay con relación a las del resto de los Estados Partes, se refiere a la ausencia de una disposición específica sobre la supremacía constitucional. Aún así, este principio puede resultar implícito de su articulado, con más el aditamento de la legislación adjetiva. Ello surge también de la jurisprudencia y de la opinión mayoritaria de los autores.

2. Uno de los aspectos más difíciles que plantea el derecho uruguayo es la definición de la jerarquía de los tratados frente a las leyes posteriores[37]; lo cual viene potenciado por la falta de una norma a nivel constitucional que regule la cuestión, las diferentes posiciones mantenidas por la doctrina y la oscilante jurisprudencia de los tribunales, en particular de la SCJ.

a) No obstante, las normas de la propia Ley Fundamental permiten sustentar la imposibilidad de que una ley posterior contraríe un tratado. En este sentido, pueden mencionarse, entre otras, las disposiciones constitucionales que regulan el procedimiento de celebración de los tratados (v.gr. distintas mayorías de aprobación en cuanto a las leyes y a los tratados, teoría del acto complejo y división de poderes); las que distinguen entre los tratados o convenciones y las leyes; y aquellas que fijan las atribuciones del Poder Judicial (que diferencian los tratados de las leyes). También varias normas de rango infraconstitucional avalan, en casos determinados, la misma solución.

b) Desde el punto de vista del derecho internacional, Uruguay es parte contratante de ambas Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados (entre Estados y entre Estados y Organismos Internacionales)[38], cuyos artículos 27 impiden a los países – dentro de los límites trazados, a su vez, por los artículos 46, respectivos – alegar normas del ordenamiento doméstico como eximente de la aplicación de los tratados.

A ello cabría adicionar, en lo que corresponde, la observancia de los principios del derecho consuetudinario pacta sunt servanda y buena fe en el cumplimiento de los acuerdos internacionales.

3.3.4 Cláusula de habilitación constitucional

La habilitación constitucional de la República Oriental para la participación del Estado en procesos de integración económica y social, se halla inscripta en el artículo 6[39], en combinación con otras disposiciones de la Ley mayor (v.gr. artículo 50).

1. El artículo 6 se encuentra ubicado dentro de la parte que la Carta magna dedica a los fundamentos del sistema constitucional, y dispensa un régimen específico a los tratados de

aprobación legislativa de un acuerdo amparado por el Tratado de la ALADI. También existen supuestos, habilitados por los decretos mencionados, que otorgan al Ejecutivo la posibilidad de emitir un decreto particular para poner en vigencia acuerdos determinados.

[37] En el caso inverso (ley anterior), la aplicación del tratado es aceptada pacíficamente.

[38] Ambas Convenciones están vigentes para Uruguay.

[39] Constitución nacional, artículo 6 "En los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos. La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos".

integración distinguiéndolos del asignado a los tratados en general (sin perjuicio de que, en ambos casos, el proceso de celebración es el mismo).

a) La fisonomía programática de esta norma no impide considerarla como un mandato del constituyente en torno a la integración regional del Estado, que por ello deberá ser un criterio de acción, o en su caso de omisión, según se trate, para los poderes constituidos, que los interesados podrán invocar ante las autoridades (incluido el Poder Judicial).

b) El tipo de integración que el artículo 6 persigue ("social y económica", en beneficio de la "defensa común" de la producción nacional), determina que no cualquier acuerdo internacional pueda encontrar amparo en sus prescripciones, sino sólo aquellos que tengan por objeto la conformación de un bloque regional, dotado de capacidad normativa (propia) para armonizar las políticas nacionales en materia económica y social, y, al mismo tiempo, de atribuciones para administrar el proceso de integración (en concordancia con el artículo 50).

c) El párrafo primero del artículo 6 constitucional, cuya lectura debe hacerse conjuntamente con el espíritu y la finalidad del párrafo segundo, permite sustentar que en el marco de un tratado de integración resulta constitucionalmente posible que se instituya un Tribunal de Justicia de carácter supranacional, lo cual se erige en un elemento adicional, de singular importancia, en procura de un verdadero proceso de integración económica y social (tal como el procurado por la norma).

d) Siendo la integración "social y económica", por voluntad propia del constituyente, uno de los fines de la "República", lo previsto en las normas que conforman la cláusula de habilitación debe ser completado con la disposición contenida en el artículo 72 de la Carta política[40].

2. La aceptación de un ordenamiento jurídico comunitario, derivado de un tratado de integración, puede fundarse en los argumentos reseñados ut supra, sin olvidar, en particular, la distinción que el legislador constituyente ha efectuado entre los convenios internacionales tradicionales y aquellos constitutivos de un esquema de integración.

a) En primer lugar, en lo que hace al principio de primacía, resultan de aplicación (adicionalmente) los fundamentos antes mencionados acerca de la superioridad jerárquica de los tratados sobre las leyes internas (anteriores y posteriores).

b) En segundo término, cabe destacar en relación a los efectos inmediato y directo, que dicha cuestión se ha prestado a varias discusiones.

Algunas opiniones rechazan la posibilidad de reconocer como constitucionalmente aceptables estas características normativas, aún cuando se invoque la aplicación del sistema de vigencia de los acuerdos de la ALADI.

Entre los autores que mantiene la orientación contraria – la cual no implica renunciar a la conveniencia de una revisión constitucional –, se encuentran algunos que se apoyan precisamente en la observancia del mecanismo previsto en el Decreto 663/985 (acuerdos de la ALADI), y otros que se basan en los términos del propio Derecho del MERCOSUR (POP) y la estructura de la norma regional en consideración (operatividad).

c) Salvo los casos en los que ha decidido someter al Parlamento la aprobación de normas de carácter originario, la práctica del Poder Ejecutivo ha sido internalizar las disposiciones mercosureñas derivadas (Decisiones, Resoluciones y Directivas) a través de decretos, resoluciones, disposiciones y órdenes del día aduaneras, según los casos. Cuando la norma del MERCOSUR, además, debe protocolizarse en la ALADI, suele utilizarse también el mecanismo estipulado en el citado Decreto 663/985.

---

[40] Constitución, artículo 72 "La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno".

d) Resta destacar que el sistema de vigencia inmediata de las normas amparadas por los tratados de integración ha regido en el derecho uruguayo desde la ALALC (Decreto 634/973) y ha continuado durante los años que lleva la ALADI (Decreto 663/985), por lo que tal procedimiento no parecería ser reñido con la Constitución nacional, al menos según la práctica desarrollada desde comienzo de los años '70 por el Poder Ejecutivo.

A su vez, la interpretación armónica y concordante de los artículos 332, 72 y 6 de la Carta política ofrece una base constitucional adicional a los fines de permitir los efectos arriba mencionados.

3. La cláusula de habilitación ha sido objeto de diferentes interpretaciones, desde aquellas que rechazan que tal dispositivo autorice la ratificación de tratados de integración dotados de órganos supranacionales y/o institutivos de un ordenamiento comunitario, hasta la orientación que mantiene la posición radicalmente inversa.

a) Entre los autores que se ubican en el primer grupo, el obstáculo reiteradamente invocado se relaciona con el principio de la soberanía nacional (artículo 4, Constitución) y la imposibilidad consiguiente de su transferencia o delegación en órganos externos al Estado uruguayo.

Por el contrario, para los comentaristas citados en segundo lugar, la posibilidad de aceptar tratados con instituciones supranacionales puede sustentarse en la ausencia de distinción entre los tipos de integración a los alude el artículo 6, lo cual habilita la posibilidad de elección de los poderes constituidos; en el imperativo establecido por el constituyente en orden a procurar la integración del Estado; en el hecho de que estos tratados no afectan la soberanía, a la inversa, la potencian en su proyección internacional; y en la aplicación concordante de otras normas constitucionales (artículos 50 y 332).

Entre ambas posiciones doctrinarias, existe una tercera alternativa que acepta acuerdos de integración de tipo supranacional, aunque con ciertas reservas vinculadas a los asuntos de naturaleza interna.

b) Los debates que han tenido lugar han llevado a la elaboración de proyectos de reforma constitucional.

Entre ellos cabe resaltar el presentado durante 1993 que revisaba, de forma sustancial, el texto del artículo 6, adicionando varios párrafos[41]. De las modificaciones planteadas resulta pertinente destacar lo siguiente: i) el procedimiento de celebración de los tratados de integración seguirá el mecanismo utilizado para el resto de los tratados (artículo 85, inciso 7, Constitución); ii) los tratados de integración son parte del derecho nacional y, cuando sean autoejecutivos, generan por su propia autoridad derechos y obligaciones para los ciudadanos; estos dos últimos atributos se extienden a las normas dictadas por las instituciones (intergubernamentales y/o supranacionales) creadas por dichos tratados, las cuales entraban en vigor en el momento en que lo establecían los tratados; iii) las leyes nacionales – anteriores y posteriores – incompatibles con los tratados de referencia o con las normas adoptadas por las instituciones regionales, devenían inaplicables automáticamente para los supuestos amparados bajo el ordenamiento de la integración; iv) finalmente, se alteran las disposiciones constitucionales sobre el Poder Judicial, haciéndose referencia a la posibilidad de transferir funciones jurisdiccionales a tribunales internacionales creados por ley o tratado. El proyecto – en esta temática –no logró el consenso necesario y fue desestimado.

c) En lo que se refiere al óbice vinculado al principio de soberanía nacional, debe destacarse que dicho atributo del Estado, además de no ser divisible, se conforma a partir de su "título"

[41] Proyecto de Ley de Reforma Constitucional, Asunto Nº 93.253, Carpeta Nº 1300/1993, Repartido Nº 739/1994 (Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores Nº 286, tomo 358, 28/10/1993, págs. 74 ss.).

(disposición) y su "ejercicio" (poder de actuación); mientras el primero, esencialmente debe situarse en cabeza del Estado, el segundo, precisamente por los derechos que da aquel título, es pasible de ser cedido a órganos – creados por tratados de integración (artículos 6 y 82) – que estén desafectados de la estructura gubernativa estatal (supranacionalidad).

Asimismo, la práctica mantenida por los diferentes gobiernos de Uruguay en el ámbito internacional adiciona interesantes elementos de análisis, en particular, en lo relativo a tribunales internacionales.

3.3.5 El Derecho comunitario en el ordenamiento normativo uruguayo (MERCOSUR)

3.3.5.1 Jerarquía y vigencia

1. Bien se acepte como válida la interpretación intentada[42], bien se reforme el texto de la Ley Fundamental siguiendo los lineamientos trazados por el proyecto de 1993, ello – en los términos del sistema jurídico uruguayo – no tendría por efecto otorgar ascendencia jerárquica al derecho de la integración por sobre la Constitución, que continuaría siendo en lo interno la norma de mayor rango.

De cualquier manera, sí debería revisarse la interpretación de los principios constitucionales, en tanto los tratados de integración regional disponen de un claro asiento legal en el artículo 6 de la Constitución. Manteniéndose la actividad jurídica de la Comunidad en los límites competenciales del Tratado fundacional, y al ser éste amparado por la cláusula de habilitación, los casos de incompatibilidades entre el orden normativo comunitario y el de rango constitucional interno serían casi inexistentes.

2. La corriente mayoritaria en la doctrina oriental niega también que el sistema de derecho que rige en el MERCOSUR pueda calificarse de "comunitario".

3. En lo que hace a las normas mercosureñas originarias, en tanto han seguido la tramitación prevista en los artículos 168, inciso 20 y 85, inciso 7, de la Ley mayor, tienen vigencia inmediata para las autoridades públicas y para los particulares; por tal motivo, su observancia y aplicación constituye una obligación que se impone a los poderes del Estado uruguayo, en particular al Judicial (artículo 6), pudiendo aplicarse mutatis mutandi los criterios barajados para sustentar la superioridad jerárquica de los tratados sobre las leyes.

4. Derecho del MERCOSUR derivado. Para algunos doctrinarios orientales este derecho no está revestido del principio de primacía; para otros, tal característica surge por aplicación de la regla de la especialidad que revestiría el derecho regional; para una tercera posición, la jerarquía interna del ordenamiento mercosureño depende de la norma doméstica que lleve a cabo su transposición al sistema jurídico nacional; finalmente, para otros comentaristas, la primacía surge de la cláusula de habilitación, por lo que, una vez iniciado el proceso de integración (TA), los actos internos que contraríen el derecho regional, originario o derivado, devienen inconstitucionales.

5. Debe recordarse que el mandato de impulsar la "integración social y económica" de la República está dirigido a todas las autoridades públicas (artículo 6), por lo que los poderes constituidos (incluido el Parlamento) le deben estricta ejecución.

---

[42] Sobre la viabilidad constitucional de un proceso de integración dotado de órganos supranacionales y/o un sistema de derecho comunitario.

Cabe a tales poderes, en consecuencia, no adoptar ninguna medida incompatible con el fin constitucional y, llegado el caso de ocurrir, negar su aplicación en los supuestos abarcados por el derecho de la integración[43].

6. Esto último podrá ser alegado directamente por los particulares, sobre la base del artículo 6, ante los tribunales nacionales, conjuntamente con la disposición mercosureña de que se trate, la cual, siendo precisa y no estando sujeta a condición alguna, deberá ser observada por los jueces internos, garantizando así los derechos por ella conferidos.

De esta manera, la cláusula constitucional se erige en fuente primera y fundamental para que los particulares puedan hacer valer las normas del MERCOSUR ante las autoridades uruguayas, especialmente ante los magistrados.

3.3.6 El Derecho del MERCOSUR y la jurisprudencia nacional

1. En cuanto a las decisiones judiciales nacionales en materia de Derecho del MERCOSUR, cabe señalar que ellas no han sido demasiado numerosas.

2. Entre los asuntos más trascendentes debe citarse la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo que declaró la invalidez del Decreto 299/995, mediante el cual se puso en vigencia en el derecho uruguayo el "Acuerdo sobre Transporte Multimodal en el ámbito del MERCOSUR" (sentencia Nº 1.016/1998, citada. Dicho Acuerdo fue aprobado en el ámbito del bloque por la Decisión Nº 15/94 del Consejo del Mercado Común y protocolizado en la ALADI (AAP.PC–8)[44].

Para así decidir, el tribunal constató, en particular, que el Acuerdo (en su versión protocolizada en la ALADI, que reproducía literalmente el tenor de la aprobada por la Decisión CMC Nº 15/94) invadía zonas competenciales reservadas por la Constitución al Parlamento, afectando en este sentido tratados previamente aprobados legislativamente y diferentes leyes internas (como el Código de Comercio).

3. Por otro lado, en sede administrativa, algunos dictámenes de la autoridad asesora han mantenido que una norma del MERCOSUR (para el caso una Resolución del GMC), faltando su internalización expresa al derecho nacional, carece internamente de efecto obligatorio.

3.4 ARGENTINA

La Constitución nacional de 1853/1860 incluye, a pesar de su escaso número de artículos, no pocas disposiciones referidas directamente al derecho internacional y a los ámbitos vinculados a las relaciones exteriores de la República, tanto en su Parte dogmática como también en su Parte orgánica, las cuales se ocupan, asimismo, de la incidencia de ambos en las relaciones intra poder horizontales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y verticales (Estado Central, Provincias y Municipios).

Dicho régimen de apertura constitucional ha resultado ampliado por la revisión de 1994.

3.4.1 Etapas de la celebración de los tratados

1. Según el sistema constitucional el mecanismo de celebración de los tratados incluye la participación de los Poderes Ejecutivo, a través de la negociación, firma, ratificación y

[43] Garantizar la inmunidad legal del Derecho del MERCOSUR (originario y derivado) es una de las formas más concretas de "procurar" la integración económica y social requerida por la Ley Fundamental.

[44] "Acuerdo de Alcance Parcial para la Facilitación del Transporte Multimodal de Mercancías" Nº 8 (bajo los términos del artículo 13 del Tratado de la ALADI), suscripto el 30 de diciembre de 1994.

depósito (o sucedáneos), y Legislativo, mediante la aprobación del acuerdo por ambas cámaras del Congreso.

Firmado por el Ejecutivo, el tratado es remitido al Congreso que deberá aprobarlo; una vez sancionada la ley correspondiente, el Presidente debe proceder a promulgarla dentro el término estipulado por la Constitución, pudiendo ocurrir tal acto de forma automática por el vencimiento del plazo; finalmente, la ley – que contiene como anexo el texto del tratado – y el decreto de promulgación deben ser publicados oficialmente. Dicha publicidad también resulta exigida respecto de aquellos acuerdos que no requieren de aprobación legislativa (Ley 24.080[45]).

La aprobación prestada por el Congreso habilita (pero no obliga) la ratificación presidencial.

2. En materia de vigencia de las normas internacionales en el seno del derecho argentino, la claridad de la jurisprudencia que adhería a los postulados monistas cuando se trataba de derecho consuetudinario, se tornaba difícil de precisar cuando los asuntos involucraban disposiciones convencionales.

a) En este último ámbito, la lectura de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) parecería demostrar que ella no ha comulgado – en términos precisos – con los principios dualistas, puesto que siempre consideró a los tratados como vigentes en el derecho interno luego de su aprobación y ratificación, coincidiendo temporalmente la entrada en vigor internacional con la ocurrida en el orden nacional.

b) En un primer momento, la aplicabilidad de un acuerd – ha sido el acotar de manera sustancial las hipótesis que llevaban a la inaplicabilidad de los tratados en función de la programaticidad de sus normas, atendiendo para ello a criterios adicionales, tales como la naturaleza del acuerdo (sobre derechos humanos, que luego se extendió a otras materias), el plazo de la inacción del legislador en dictar normas que los vuelvan operativos, la eventual responsabilidad del Estado, entre otros.

d) No puede dejar de mencionarse que la propia Ley Fundamental garantiza en varias de sus disposiciones un respaldo constitucional a la concepción monista del derecho.

Igual predicamento puede realizarse respecto de la legislación derivada.

3.4.2 Atribuciones de los Poderes

1. En materia de celebración de tratados, las etapas iniciales (negociación) se encuentran bajo la potestad privativa del Poder Ejecutivo, así como también – de forma discrecional – la ratificación y su depósito (o canje). Asimismo la suspensión, terminación y denuncia de los tratados constituyen prerrogativas exclusivas de aquel poder, salvo – a partir de la reforma constitucional de 1994 – los casos de tratados sobre derechos humanos dotados de jerarquía constitucional y los tratados de integración que han seguido el mecanismo del artículo 75, inciso 24, de la Ley mayor, para cuyas denuncias se requiere la aprobación previa del Parlamento por mayorías especiales.

2. Varias de las materias que la Constitución reserva a la competencia normativa del Congreso (artículos 19 y 75, entre otros) versan sobre cuestiones íntimamente vinculadas a los procesos de integración (comercio exterior, aranceles, aduanas, etc.).

La regulación "legislativa" que estos temas exigen puede ser cumplida, bien a través del dictado de una ley propiamente dicha, bien a través de un tratado aprobado por el Congreso.

La titularidad que tiene el Parlamento en estos ámbitos, le permite delegar, por medio de leyes

[45] Ley 24.080, por la que se establece la publicación en el Boletín Oficial de los actos referidos a tratados o convenciones internacionales en los que la Nación Argentina sea parte, 20/05/1992, BO (Boletín Oficial) 18/06/92.

o tratados, las competencias de ejecución correspondientes hacia órganos internacionales creados por dichas disposiciones, en el ámbito de un proceso de integración. Ello resulta explícito luego de la reforma constitucional de 1994, con la inclusión del inciso 24 del artículo 75.

3. En cuanto a los acuerdos en forma simplificada, el mismo ejercicio realizado previamente en relación a los derechos nacionales analizados, puede efectuarse en el marco del derecho argentino, apoyado ello en particular en la propia Constitución que, entre las prerrogativas del Poder Ejecutivo, reconoce la de concertar "otras negociaciones" distintas de los tratados (artículo 99, inciso 11).

Adicionalmente, la validez de aquellos acuerdos puede fundamentarse también en la Convención de Viena de 1969 citada y en la práctica regularmente seguida por el Estado argentino en la materia.

La cuestión ha despertado un reciente debate entre los autores, especialmente a partir de la modificación constitucional de 1994 que otorgó jerarquía privilegiada a los tratados frente a las leyes.

a) La vigencia de una zona reservada sólo a la actuación de la Administración, unida a las atribuciones conferidas al Poder Ejecutivo en lo relativo a la representación y el manejo de las relaciones internacionales de la Nación y al principio de distribución de las funciones gubernativas, habilitan la concertación de ciertos acuerdos que no requerirán de su paso por el Congreso, en tanto y en cuanto traten aquellas materias.

La justificación de estos acuerdos en base a los criterios expuestos determina su jerarquía, y la forma de resolver los conflictos con otras normas.

b) Una segunda categoría de este tipo de acuerdos puede reconocerse en los supuestos en los que el Congreso, a través de la aprobación de una ley o de un tratado, ha otorgado al Ejecutivo su aval para la adopción de actos de ejecución de un tratado marco o que puedan considerarse amparados por sus disposiciones.

La jerarquía normativa que cabe reconocer a esta tipología de acuerdos corresponde a la prevista por la Constitución en el artículo 75, inciso 22, puesto que ha existido el consentimiento congresional que dicho artículo exige a los fines de otorgar tal beneficio jerárquico, y además – según la CSJN – resultan subsumibles dentro del concepto de "tratado" que surge de la Convención de Viena de 1969.

4. Acuerdos de la ALALC y la ALADI

a) Durante la vigencia de la ALALC y, en parte, de la ALADI, la práctica argentina seguida en materia de puesta en vigencia de los compromisos asumidos consistió en el dictado de un decreto particular (luego, resoluciones) para cada acuerdo.

b) En la actualidad rige el mecanismo pautado en el Decreto 415/91[46] que, en rigor de verdad, nada agrega que no hubiera resultado de aplicar la doctrina de la CSJN sobre la vigencia inmediata de los acuerdos internacionales; por ello, dicha norma sólo tiene el alcance de simplificar y unificar el procedimiento de vigencia de los acuerdo derivados de la ALADI a nivel de la Administración. En efecto, tal como lo ha sostenido la CSJN, estos acuerdos rigen y resultan aplicables a partir del momento en que ellos lo determinan.

c) La mecánica regulada en el decreto citado no es excluyente de otras alternativas. En tal sentido, el Gobierno nacional ha optado en supuestos determinados por emitir una norma individual para la puesta en vigencia del acuerdo en cuestión y en otros, más excepcionales aún, ha requerido la aprobación del Congreso.

[46] Decreto 415/91, por el que se reemplaza el procedimiento de entrada en vigencia de los tratamientos preferenciales convenidos en el marco jurídico de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), 18/03/1991, BO 20/03/91.

d) El alcance de los temas que pueden ser objeto de regulación mediante acuerdos derivados de la ALADI no surge, obviamente, del Decreto 415/91 sino de los propios artículos del Tratado, en cuanto delimitan los fines que justificaron su concertación, así como también los medios a través de los cuales ha de proveerse su ejecución.

e) Cabe destacar asimismo que en Argentina, los tribunales aplican de forma inmediata y directa no sólo los acuerdos celebrados entre los Estados en el marco de la ALADI, sino también las normas (resoluciones y acuerdos) emitidas por los órganos de dicha Asociación – muchos de los cuales nunca han sido objeto de incorporación alguna al derecho interno.

5. El sistema de control de constitucionalidad que rige en el derecho federal argentino es de tipo difuso, por lo que todo juez o tribunal tiene la potestad de inaplicar una norma (cualquiera sea ella) en virtud de su desajuste con lo previsto en la Ley Fundamental, llegando el caso, en última y definitiva instancia, a la decisión de la CSJN.

a) Con carácter previo debe resaltarse que la Corte Suprema, alterando su jurisprudencia de antaño, considera actualmente que la invocación de un tratado o de una norma internacional, cuando éstos tengan relación directa con el caso planteado, constituye "cuestión federal" de entidad suficiente a los fines de la procedencia del recurso extraordinario.

b) A la luz de las disposiciones de la Ley mayor que reconocen el principio de supremacía constitucional, todas las normas aplicables en el derecho interno resultan formalmente controlables.

Ello viene confirmado por la jurisprudencia del Máximo tribunal, que no ha renunciado a efectuar dicho contralor bajo el argumento de que la disposición en causa constituye un tratado internacional.

c) A manera de principio, la CSJN ha señalado en varios expedientes, algunas veces de forma explícita y otras de modo implícito, que la supremacía de la Constitución es invocable frente a todas las disposiciones susceptibles de ser aplicadas en el ordenamiento nacional, incluyendo los tratados y normas de derecho internacionales.

Al mismo tiempo debe observarse que el Alto tribunal siempre ha intentado lograr una interpretación conforme, a fin de lograr la aplicación concurrente de ambos órdenes jurídicos (Constitución y tratado).

De cualquier manera – hasta lo que se ha podido investigar –, en más de 150 años de jurisprudencia, la Corte Suprema declaró en una oportunidad la inconstitucionalidad de un acuerdo internacional (in re "Washington Cabrera", 1983[47]).

Al interpretar el artículo 75, inciso 22, párrafo segundo, de la Constitución (que otorgó jerarquía constitucional a varios instrumentos internacionales sobre derechos humanos), la Corte Suprema ha destacado que su tenor demuestra que «los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir» y que «de ello se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente», y «por consiguiente, [los tratados] no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir»[48]. Y

[47] Sentencia CSJN, "Washington Cabrera", 05/12/1983, Fallos 305:2150.

[48] Sentencias CSJN, "Monges", 26/12/1996, Fallos 319:3148, considerandos 20 a 22 del voto de la mayoría; "Chocobar", 27/12/1996, Fallos 319:3241, considerandos 12, párrs. 1º y 2º y 13 del voto de la mayoría; "Cancela", 29/09/1998, Fallos 321:2637, considerando 10, párr. 2º, del voto de la mayoría; "Ministerio de Cultura y Educación de la Nación", 27/05/1999, Fallos 322:875, considerandos 22 y 23 del voto de la mayoría; "Menem/Editorial Perfil", 25/09/2001, Fallos 324:2895, considerando 10, párr. 2º, del voto de la mayoría, y "Guazzoni", 18/12/2001, Fallos 324:4433, considerandos 11, párrs. 1º y 2º, del voto de la mayoría, entre muchos.

finalmente, «[q]ue, de tal modo, los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías [parte dogmática], y lo mismo cabe predicar respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución – … – aunque el constituyente no haya hecho expresa alusión a aquélla, pues no cabe sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la segunda. parte de la Constitución. Por el contrario, debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente»[49].

3.4.3 Jerarquía

1. Desde el punto de vista del sistema jurídico argentino, la Constitución ocupa la máxima grada normativa.

a) Ello surge, precisamente, del propio articulado de la Ley Fundamental que establece el principio de la supremacía constitucional (en lo que aquí interesa, artículos 27, 30, 31 y 75, incisos 22 y 24), el cual garantiza la obligatoria observancia de las disposiciones de la Carta magna ubicadas tanto en la Parte dogmática como en la Parte orgánica.

b) El principio mencionado no ha sido alterado, en su esencia, por la modificación introducida por el constituyente en 1994 sino, por el contrario, reafirmado tanto por la revisión operada, como por los límites establecidos en la norma habilitante de la reforma[50] – los cuales, llegado el caso, resultan invocables judicialmente –.

c) Ello ha sido confirmado invariablemente por la jurisprudencia de la CSJN[51], cualquiera sea la materia sobre la que versen los convenios internacionales[52].

En el ámbito internacional ello podría argumentarse sobre la base de una interpretación global de la Convención de Viena de 1969, y también de la actuación del Gobierno nacional en el marco de las relaciones internacionales.

2. La ausencia de una disposición específica en la redacción original de la Constitución alimentó importantes discusiones en el derecho interno, en torno a la solución que debía observarse en los supuestos de incompatibilidades entre los tratados y las leyes, en especial cuando éstas sean posteriores.

a) En sus primeros años de existencia, la CSJN inclinó su doctrina a favor de la superioridad jerárquica de los tratados sobre la legislación infraconstitucional (ley), siendo irrelevante que la misma sea anterior o posterior[53].

---

[49] Sentencias CSJN "Monges", cit., considerando 22 del voto de la mayoría, y "Ministerio de Cultura y Educación de la Nación", cit., considerando 23, párrs. 2º y 3º, del voto de la mayoría, entre otras.

[50] Ley 24.309, sobre Declaración de la necesidad de reforma de la Constitución nacional, 29/12/1993, BO 31/12/93.

[51] Es de destacar que el precedente "Merck" – CSJN, "Merck Química", 09/06/1948, Fallos 211:162 –, tal como fue interpretado en la tesis doctoral a la cual se hizo referencia al comienzo de este trabajo, no tiene la entidad suficiente para invalidar tal afirmación.

[52] Sin perjuicio de ello, es oportuno señalar también que muy recientemente, la CSJN ha parecido flexibilizar el alcance de la discrecionalidad judicial que impone el principio de supremacía constitucional, en supuestos en los que se invocaron determinados tratados sobre derechos humanos y su impacto en el texto de la Ley Fundamental, a la luz del párrafo segundo del inciso 22 del artículo 75 (tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional), como así también del párrafo tercero de la misma disposición (posibilidad del Congreso de otorgar jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos; cf. Ley 24.820, por la que se aprueba la jerarquía constitucional de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, 30/04/1997, BO 29/05/97). Cfr. sentencias CSJN, "Arancibia Clavel", 24/08/2004, Fallos 327:3294; "Simón", 14/06/2005, Fallos 328:2056, y "Mazzeo", M.2333.XLII y otros, 13/07/2007, Fallos 330: *pendiente de publicación*: en todos comparar votos de la mayoría y la concurrencia y voto en disidencia del juez Fayt. Este último ministro reiteró su posición – sobre la supremacía absoluta de la Constitución nacional sobre cualquier norma foránea, de cualquier naturaleza y aún aquellas sobre derechos humanos con jerarquía constitucional – en sus votos concurrentes en las sentencias, "Casal", 20/09/2005, Fallos 328:3399, y "Marcelo Gramajo", G.560.XL, 05/09/2006, Fallos 329: *pendiente de publicación*. De cualquier manera, paralelamente a la mencionada flexibilidad, la Corte Suprema no ha dejado de mencionar «[q]*ue los tratados internacionales promueven el desarrollo progresivo de los derechos humanos y sus cláusulas* ***no pueden ser entendidas como una modificación o restricción de derecho alguno establecido por la primera parte de la Constitución Nacional*** *(art. 75, inc. 22)*» (sentencia, "María del Carmen Sánchez/ANSeS", 17/05/2005, Fallos 328:1602, considerando 6 del voto de la mayoría. La negrita no es del original).

[53] Entre los primeros casos, ver sentencia CSJN "Dionisio Pietracaprina", 14/02/1889, Fallos 35:207

b) Dicha orientación fue mantenida por el Alto tribunal hasta los años '60. A partir de esta nueva etapa, la Corte Suprema alteró su jurisprudencia, considerando que ante la ausencia de previsión constitucional en contrario, los tratados y las leyes debían entenderse en paridad de rango, rigiendo en las hipótesis de conflicto la regla de la lex posterior, aún cuando ello significara la inaplicabilidad de un pacto internacional[54]. Ello provocó un amplio debate en la doctrina.

c) Finalmente, a partir de 1992 – sin perjuicio de algunos votos disidentes anteriores – la CSJN retomó a su antigua orientación en torno a la posición prevalente que debe reconocerse a las normas internacionales respecto de la legislación interna infraconstitucional[55], la cual constituye en la actualidad jurisprudencia consolidada ampliamente.

Entre los ejes principales barajados por el Alto tribunal para fundar su posición (pos 1992) pueden mencionarse: la naturaleza de acto complejo federal que revisten los tratados (en tanto participan en su proceso de celebración y vigencia, dos poderes del Estado, el Ejecutivo y el Legislativo, y los dos pertenecientes a la esfera del Gobierno central); la responsabilidad internacional en la que incurre el Estado en el caso del incumplimiento de los tratados; y el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, que impide a los Estados la invocación de normas internas frente a un tratado, salvo la hipótesis contemplada en el artículo 46 de dicha Convención. La jurisprudencia sentada posteriormente agregó como argumentos adicionales: los principios de buena fe y pacta sunt servanda y el carácter contractual de los tratados.

La Corte Suprema ha dicho a su vez que el principio de la superioridad jerárquica de los acuerdos internacionales, debe ser interpretado en las condiciones en las que el Estado argentino se ha obligado en el ámbito internacional, es decir teniendo en cuenta las reservas y declaraciones interpretativas que se hayan depositado.

d) La reforma constitucional de 1994, al dar nueva redacción al inciso 22 y al incluir el inciso 24 (rango de superioridad normativa para los tratados), ambos del artículo 75, no hizo sino receptar la doctrina sentada previamente por la CSJN.

3.4.4 Cláusula de habilitación constitucional

1. La cláusula de habilitación constitucional para la integración económica se halla plasmada en el inciso 24 del artículo 75[56].

El dispositivo específico fue introducido en el texto de la Carta política al efectuarse la reforma constitucional de 1994.

2. El Estado argentino participó de los procesos de integración de la ALALC, de la ALADI y del MERCOSUR (en sus primeros años) bajo las prescripciones de la Constitución histórica (1853/60).

a) Una interpretación amplia del orden constitucional, con especial consideración de la jurisprudencia de la Corte Suprema, hubiera posibilitado – con cierto esfuerzo interpretativo – la

[54] Ver en especial, sentencias CSJN, "Martin & Cía.", 06/11/1963, Fallos 257:99, y "Esso", 05/06/1968, Fallos 271:7.

[55] Sentencias CSJN, "Ekmekdjian/Sofovich", 07/07/1992, Fallos 315:1492; "Fibraca", 07/07/1993, Fallos 316:1669, y, en el voto concurrente del juez Boggiano, *in re* "Cafés La Virginia", 13/10/1994, Fallos 317:1282.

[56] Constitución nacional, artículo 75, inciso 24, "Corresponde al Congreso:… 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, declarara la conveniencia de la aprobación del tratado y solo 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".

aceptación, por un lado, de un ordenamiento de naturaleza comunitaria y, por el otro, de tratados que establecieran limitaciones en el ejercicio de competencias estatales determinadas en beneficio de órganos supranacionales.

b) En principio, las eventuales dudas que ello hubiera podido levantar hacían relación a las atribuciones de la CSJN, tal como habían sido definidas por el propio tribunal, y también a la conocida "fórmula argentina" utilizada reiteradamente por el Estado en varios tratados de los que participó.

Esta última doctrina fue invocada, justamente, para justificar la oposición de la Argentina al Protocolo de Solución de Controversias de la ALALC.

En los últimos años, el Estado nacional ha desarrollado una práctica a favor de la permisión constitucional ha limitado sustancialmente esta práctica, en particular a través de la aceptación de tribunales arbitrales con competencia en materia económica; ello ha tenido lugar por ejemplo al ratificarse el Protocolo de Brasilia (sobre solución de controversias en el MERCOSUR).

c) La ratificación del Pacto de San José de Costa Rica, conjuntamente con la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la CIDH, como así también la eventual creación de un Tribunal de Justicia para el MERCOSUR, posibilitaron un amplio debate en cuanto a la compatibilidad constitucional de los sistemas de jurisdicción supranacional, habiéndose expedido la doctrina por ambas orientaciones: su permisión y su imposibilidad (sin una previa reforma de la Carta).

3. La amplitud de las discusiones indicadas, que se retrotraían a los primeros años de la ALALC y que continuaron suscitándose posteriormente, coadyuvó sustancialmente para que la Convención de Reforma Constitucional de 1994 trate tales asuntos. De esta manera fue incluido dentro del artículo 75, referido a las atribuciones del Congreso, el inciso 24.

Esta disposición se ocupa – en el marco de los tratados de integración – tanto de la cuestión de la delegación de competencias y de jurisdicción como también – en parte – del ordenamiento comunitario nacido bajo el amparo de tales acuerdos.

4. La cláusula impone el cumplimiento de requisitos de fondo y de forma para que un tratado puede ser subsumido bajo su régimen.

a) Entre los primeros cabe mencionar: i) que los convenios respondan a la categoría de "tratados de integración", en el sentido técnico (el resto de los tratados caen bajo la prescripción del inciso 22 del mismo artículo); ii) que los mismos conlleven el traslado del ejercicio de competencias estatales al nivel regional, en beneficio de los órganos habilitados para poner en práctica las atribuciones conferidas; iii) que las competencias objeto de delegación se identifiquen con aquellas que han sido asignadas por la Constitución a alguno los tres Poderes constituidos; y iv) que la delegación de competencias y jurisdicción sea hecha en el marco de tratados de integración que incluya instituciones supraestatales (supranacionales).

b) Asimismo, el inciso requiere el cumplimiento de condiciones adicionales que deben darse teniendo en cuenta el contexto del mecanismo de integración y, principalmente, lo dispuesto en su propio ordenamiento: que exista una delegación de competencia y jurisdicción de la misma envergadura por parte de los demás Estados socios en el proceso (igualdad y reciprocidad), y sean observados y respetados los derechos humanos y el sistema democrático de gobierno.

A su vez, la ausencia de cualquier mención al respecto (inciso 24) no impide tener como implícito, dentro de los recaudos impuestos por la disposición, la garantía del principio federal de gobierno.

c) Los requisitos formales establecidos (tanto para la aprobación y la denuncia, como en atención a los demás Estados que participan en el tratado de integración) se explican y justifican en virtud de las implicancias jurídicas que se derivan de estos tratados (delegación de competencias y ordenamiento jurídico comunitario).

d) En tales condiciones, tanto el derecho originario (tratados) como el ordenamiento elaborado por las instituciones que se creen y los acuerdos que se celebran bajo el amparo de aquél (derecho derivado), disfrutan de un rango superior a las leyes nacionales, anteriores y posteriores, las que llegado el caso de incompatibilidad con aquél ordenamiento regional deberán ser inaplicadas por las autoridades que intervengan (en especial, el Poder Judicial) en los supuestos regulados por dicho ordenamiento.

e) Las formalidades y exigencias que el inciso impone a la hora de suscribir tratados de integración, y según los casos también con posterioridad a ese momento, constituyen materia judicialmente revisable, siempre atendiendo a los términos del ordenamiento que surja del tratado constitutivo y a las particularidades que distinguen a cada uno de los recaudos fijados en esta disposición.

f) En el caso concreto del MERCOSUR, la inexistencia de una jurisdicción permanente, de carácter judicial, que facilite un adecuado acceso a la justicia en el bloque, tanto para los Estados Partes como para los particulares, amplía sustancialmente las posibilidades de que sean los jueces nacionales quienes actúen como sucedáneos de un Tribunal de Justicia comunitario, con las peligrosas (pero inevitables) consecuencias para la vigencia uniforme del derecho mercosureño que tal situación puede provocar[57].

5. Bien es cierto que la norma en cuestión (inciso 24) no menciona específicamente la manera en que deberá regir, en el ordenamiento interno, el derecho que se origine a partir de esta clase particular de tratados.

No obstante, atento a los principios que rigen en la materia, los antecedentes constitucionales que se desprenden de los debates parlamentarios ocurridos en la Convención de Reforma Constitucional, la jurisprudencia de la CSJN y la opinión de la doctrina, puede concluirse que las disposiciones nacidas bajo el paraguas normativo de los tratados de integración tendrán efecto inmediato (es decir, que podrán regir directamente en el derecho interno, sin necesidad de un acto nacional que las internalice) y efecto directo (esto es, que podrán ser invocadas en forma directa y sin intermediación por los particulares) en el interior del derecho argentino.

6. Cláusula de habilitación y Derecho del MERCOSUR.

Se ha debatido en el derecho argentino la aplicabilidad, o no, del inciso 24 en relación al Derecho del MERCOSUR. La importancia principal del interrogante viene dado en tanto dicha norma otorga jerarquía superior a las leyes a las disposiciones adoptadas al amparo de los tratados de integración que se benefician con este régimen.

a) Para una corriente de la doctrina, las prescripciones del inciso 24 no resultan de aplicación al ordenamiento regional, en tanto no puede interpretarse que el TA y sus protocolos complementarios constituyan tratados por medio de los cuales se otorguen competencias a las instituciones creadas, puesto que éstas son de carácter intergubernamentales (cf. artículo 2 del POP).

---

[57] Ello puede ser reducido, en parte y *sólo en parte*, por el mecanismo de las Opiniones Consultivas previsto en el PO y en las normas reglamentarias (cfs. Decisiones CMC Nº 37/03, Reglamento del Protocolo de Olivos, y 02/07, Reglamento del Procedimiento para la solicitud de Opiniones Consultivas al Tribunal Permanente de Revisión por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes del MERCOSUR). Ver, *del autor*, "El control de legalidad de las normas del MERCOSUR por el juez nacional", revista DeCitas Nº 3, 2005, ed. Zavalía, Buenos Aires, Argentina, págs. 551 a 560, y "Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el MERCOSUR", 14/03/2007, *pendiente de publicación* por Marcial Pons, Madrid, España – Buenos Aires, Argentina, 298 páginas.

Por el contrario, existen autores que extienden las previsiones de la norma constitucional en cuestión al derecho mercosureño.

b) El análisis del régimen institucional y jurídico establecido en el bloque, a la luz de los tratados fundacionales y de las disposiciones dictadas en su consecuencia, demuestra que existen ámbitos de actuación que han sido delegados por cada uno de los Estados Partes al ámbito regional, a los fines de su administración y normación por los "órganos del MERCOSUR".

Tales atribuciones, otrora desarrolladas en forma exclusiva y unilateral por cada Gobierno nacional, constituyen en la actualidad patrimonio común y exclusivo del poder de decisión cuatripartita en el marco regional, siendo incompatible con el Tratado y demás actos derivados la adopción por los Estados Partes, individualmente considerados, de medidas sobre tales sectores competenciales, salvo autorización expresa del órgano del MERCOSUR que corresponda, y siempre que ello sea otorgado respetando el derecho originario[58].

c) La jurisprudencia nacional no ha dudado en remitirse – reiteradamente – al inciso 24 del artículo 75.

En tal sentido, la CSJN ha basado su doctrina sobre la vigencia inmediata de los acuerdos de la ALADI y su carácter superior a las leyes, entre otros, en el artículo 75, inciso 24, de la Constitución (in re "Mercedes Benz", 1999; y "Autolatina", 2002 y 2003; así también in re "Compañía Azucarera Los Balcanes", 2001, voto en disidencia[59]). También las jurisdicciones inferiores han seguido la misma orientación (entre otros, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal; y, principalmente, sala 6ª de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, con referencia a la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR (DSLM) y su rango prevalente sobre las leyes).

3.4.5 El Derecho comunitario en el ordenamiento normativo argentino (MERCOSUR)

3.4.5.1 Constitución nacional y Derecho comunitario: jerarquía

1. La recepción del fenómeno de la integración a partir del artículo 75, inciso 24, de la Carta política otorga asiento constitucional a mecanismos que incluyan instituciones de corte supranacional, como así también establezcan un sistema de Derecho comunitario.

2. Bien entendido, ello no significa que la Ley Fundamental haya abandonado la cúspide de la escala jerárquica que rige en el derecho doméstico, garantizable a través del contralor de constitucionalidad, tal como se desprende de la combinación de varias disposiciones de la Ley mayor. En efecto, ello resulta del propio tenor literal del inciso 24 y además de las disposiciones que enuncian el principio de supremacía constitucional (artículos 27, 30 y 31), las que en tanto afincadas en la Parte dogmática resultaron inmunes a la actividad del legislador de la Reforma Constitucional (so pena de nulidad insalvable de las modificaciones que no respetaran tales

[58] «… *este Tribunal considera que en el contexto de los procesos de integración y de las respectivas normativas que los rige, son incompatibles las medidas unilaterales de los Estados Partes en las materias en las que la normativa requiere procedimientos multilaterales*» [Tribunal *ad hoc* del MERCOSUR (TAHM), laudo de 28 de abril de 1999, Comunicados Nº 37/1997 y Nº 7/1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaria de Comercio Exterior (SECEX): Aplicación de Medidas Restrictivas al comercio recíproco, asunto 1/99, BOM (Boletín Oficial del MERCOSUR) Nº 9, junio, 1999, pág. 227, considerando 62; en sentido coincidente, TAHM, laudo de 10 de marzo de 2000, Aplicación de Medidas de Salvaguardia sobre productos Textiles (Res. 861/99) del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos (MEOySP), asunto 1/00, BOM Nº 13, junio, 2000, pág. 115, considerando III.H-3, párr. 4º].

[59] Sentencias CSJN, "Mercedes Benz", 21/12/1999, Fallos 322:3193, considerando 4, párr. 3º; "CIADEA", C.918.XXXIII, 21/12/1999 (*inédito*); "Autolatina", 12/02/2002, Fallos: 325:113, considerando 4, párr. 2º, y "Autolatina", A.71.XXXV, 20/03/2003, *inédito*; y "Compañía Azucarera Los Balcanes", 18/12/2001, Fallos 324:4414, considerando 6 del voto en disidencia del juez Boggiano.

límites[60]), a lo que habría que agregar disposiciones incluidas por el propio proceso de revisión (artículo 75, inciso 22, párrafo segundo). Por ello algunos autores han aconsejado como vía de solución crear para esta clase particular de tratados el control previo (y definitivo) de constitucionalidad, a efectuarse antes del acto de ratificación.

3. Sin que ello implique una alteración del artículo 27 de la Constitución prohibida por la ley de necesidad de reforma, puede interpretarse que la integración económica y regional del Estado, en base a la historia y práctica del Gobierno argentino como así también a su intervención en el MERCOSUR, puede incluirse dentro de los principios de derecho público constitucionales que aquel artículo salvaguarda en relación a la vigencia de los tratados en general.

4. A ello cabe adicionar que, tal como lo establece el inciso 24, los tratados de integración provocan la cesión del ejercicio de competencias estatales a los órganos que ellos crean, por lo que el Legislador o la Administración ya no tendrán bajo sus prerrogativas regular los ámbitos delegados a la Comunidad – salvo que se proceda a denunciar previamente el tratado fundacional.

5. Si bien es cierto que estas soluciones, a las cuales cabe agregar la exigencia que se impone al legislador comunitario de respetar los límites de las atribuciones conferidas por los Estados, no eliminan totalmente las hipótesis de incompatibilidades entre la Constitución y el Derecho comunitario, no lo es menos que reduce sustancialmente los puntos de contacto que pueden generar diferencias normativas.

6. En todo caso lo que resulta "inmune" a los efectos del Derecho comunitario es el núcleo fundamental de la Carta magna, es decir el conjunto de principios y reglas, más que norma alguna en particular, que constituyen el armazón constitucional irreductibles del Estado argentino.

3.4.5.2 Derecho comunitario: jerarquía frente a la legislación infraconstitucional y vigencia

Los efectos característicos de un régimen jurídico comunitario pueden ser analizados en el derecho argentino desde dos perspectivas: bien remitiendo la cuestión a las disposiciones del inciso 24 del artículo 75, bien – en defecto de su aplicabilidad – recurriendo a otras bases normativas.

- Principio de primacía

1. El principio de primacía en lo que hace al derecho originario encuentra perfecta cobertura constitucional en el inciso 22, o en el inciso 24, ambos del artículo 75, según la posición doctrinaria que se adopte. En efecto, ambas disposiciones resultan suficientes para otorgar a los tratados de integración ascendencia jerárquica sobre las leyes del Parlamento, sean éstas anteriores o posteriores.

Por cierto que la jurisprudencia de la CSJN reconoció, aún antes de la Reforma Constitucional de 1994, que las leyes no podían afectar la aplicación del TA (in re "Cocchia", 1993[61]), lo que ha sido acompañado asiduamente por las instancias judiciales inferiores (Cámaras Nacionales de

[60] Al respecto, cabe recordar que en el asunto "Fayt", la CSJN reconoció – con base en varios de sus precedentes – que la reforma constitucional es un acto judicialmente revisable, bajo los parámetros trazados por el Congreso nacional en la ley que declara la ley de necesidad de reforma (sentencia "Fayt", 19/08/1999, Fallos 322:1616, considerandos 4 a 8 y 16, párr. 2º, del voto de la mayoría, 4, 5 y 14 del voto concurrente del juez Vázquez y 14 del voto en disidencia parcial del juez Bossert). Más aún, en la citada sentencia la Corte Suprema «[hizo] *lugar a la demanda... declara*[ndo] *la nulidad de la reforma introducida por la convención reformadora de 1994 en el art. 99, inc 4, párrafo tercero – y en la disposición transitoria undécima – al art. 110 de la Constitución Nacional*» (último párrafo de la decisión de la mayoría, ver también considerandos 15 y 16, párr. 3º, de la misma formación y 17 y 20 del voto concurrente del juez Vázquez).[972] Sentencias CSJN, "Mercedes Benz", 21/12/1999, Fallos 322:3193, considerando 4, párr. 3º; "CIADEA", C.918.XXXIII, 21/12/1999 (*inédito*); "Autolatina", 12/02/2002, Fallos: 325:113, considerando 4, párr. 2º, y "Autolatina", A.71.XXXV, 20/03/2003, *inédito*; y "Compañía Azucarera Los Balcanes", 18/12/2001, Fallos 324:4414, considerando 6 del voto en disidencia del juez Boggiano.

[61] Sentencia CSJN "Cocchia", 02/12/1993, Fallos 316:2624, considerando 12, párrs. 1º y 2º, del voto de la mayoría.

Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, y en lo Contencioso Administrativo Federal, entre otros).

2. En lo que se refiere al mismo principio (primacía) y con relación al derecho derivado, puede sostener que si se considera aplicable el inciso 24, en caso de incompatibilidad con las normas legislativas internas, la solución está prevista en forma explícita en dicha disposición, que otorga jerarquía prevalerte a la legislación adoptada al amparo de los tratados de integración.

Ahora bien, si se estima que la norma aplicable es el inciso 22 del artículo 75, no puede olvidarse que si bien el mismo expresamente confiere rango prevalente a los "tratados" aprobados por el Congreso, dicho beneficio resulta extensible a las normas sancionadas en consecuencia o aplicación tales tratados cuando su ordenamiento habilita la adopción reglas jurídicas y actos de ejecución (lo que por cierto hace a la naturaleza de los "tratados de integración", que por su propia esencia no se agotan en si mismos, sino que necesitan de la función normativa de sus órganos).

En cuanto a su aplicación práctica, debe señalarse que la prevalencia del derecho derivado ha sido mantenida por la propia CSJN (in re "Compañía Azucarera Los Balcanes", 2001, citado[62]); por el Procurador General de la Nación (in re "Dotti", 1998[63]); por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal; por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (sala 6ª) y el Juzgado Laboral de Corrientes, ambos sobre la DSLM; por la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN)[64]; y por el Poder Ejecutivo Nacional (en varios decretos), entre muchos.

– Efectos directo e inmediato del Derecho del MERCOSUR originario y derivado

3. De aceptarse la vigencia del inciso 24, es del caso señalar que ambos efectos no aparecen en forma explícita en el texto de esta disposición, sin embargo ello surge implícitamente de la norma en atención a su finalidad, beneficiando a ambos tipos de derechos (originario y derivado).

No debe olvidarse a este respecto que ambas características normativas son propias de la categoría particular de tratados a los que se refiere el inciso 24 ("tratados de integración").

Más aún, lo afirmado se confirma al revisarse los debates ocurridos en el seno de la Convención de Reforma Constitucional de 1994.

4. De cualquier manera, aún recurriéndose a la aplicación del inciso 22, del artículo 75, se llega al mismo resultado, pudiendo utilizarse también el recurso a la interpretación conforme de lo dispuesto en el artículo 31 de la Constitución[65], como asimismo la jurisprudencia relativa a la vigencia del derecho internacional en el derecho argentino. Todo, siempre que el ordenamiento regional estatuya la incorporación directa y, además, la norma en cuestión resulte autoejecutiva.

5. Con relación a ambos efectos, pueden destacarse como ejemplos prácticos la doctrina de la CSJN sobre los acuerdos de la ALADI que al mismo tiempo constituyen normas del MERCOSUR (sobre certificados de origen; y en especial la doctrina del fallo "La Virginia",

---

[62] En particular, por el juez Boggiano en su voto disidente (considerando 6), sobre la base de los incisos 22 y 24, artículo 75. El resto del tribunal, remitiéndose a la solución propiciada por el Procurador General de la Nación, no desestimó el carácter prevalente del ordenamiento del MERCOSUR derivado sino que lo vinculó a que las disposiciones alegadas deben establecer obligaciones concretas (de hacer o de no hacer) en cabeza del Estado argentino – lo que, en el caso concreto, según la mayoría del tribunal, no ocurría –.

[63] Sentencia CSJN "Dotti", 07/05/1998, Fallos 321:1226, apartado IV, párrs. 5º y 6º, del dictamen del Procurador General de la Nación.

[64] PTN, Dictámenes Nº 112/97, Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, 10 de septiembre de 1997, Dictámenes 222:178, apartado V, párrs. 1º y 2º, y Nº 103/02, AFIP – Ministerio de Economía, Nº 103/02, expte. Nº 251.291/02, 26 de abril de 2002, Dictámenes 241:159, apartados III.3.1, párrs. 1º a 3º y III.3.2, párr. 1º. Ver sin embargo, el reciente parecer de la PTN, Dictamen Nº 236/05, Nota Nº 260/04 - Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, 20 de julio de 2005, Dictámenes 254:180, sobre la implementación de la Decisión CMC Nº 22/04 (sobre Vigencia y aplicación de las normas emanadas de los órganos con capacidad decisoria del MERCOSUR, 08/07/2004).

[65] En forma similar, la opinión de GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D. T., "Jerarquía normativa y derecho de la integración", en Conclusiones del Congreso Internacional de Derecho Comunitario y del MERCOSUR (Salta, septiembre, 1998), tomo I, ed. Escuela de la Magistratura-Poder Judicial de Salta, Salta, 1999, págs. 331 a 334.

1994[66]); de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (sala 6ª), seguida también – entre muchos – por la Cámara de Apelaciones del Trabajo de Resistencia y por el Juzgado Laboral de Corrientes, sobre la DSLM; y del Juzgado Federal de Concepción del Uruguay (importación de pollos de Brasil, 1999[67]); como así también la aplicación por la Administración Pública de normas del MERCOSUR no internalizadas, en el marco de expedientes que involucraban a particulares[68].

6. Cabe destacar que la doctrina argentina se halla sustancialmente diversificada en cuanto a la definición de la naturaleza jurídica del Derecho del MERCOSUR.

La primera división se produce entre la mayoría de la doctrina que sustenta que el ordenamiento regional carece de los tres caracteres propios de un Derecho comunitario y aquellos que, en minoría, mantienen la posición contraria.

A su vez, entre los primeros, los disensos aparecen a la hora de establecer la calificación propia que debe asignarse el régimen jurídico mercosureño.

Finalmente, las opiniones divergentes se manifiestan también al momento de desentrañar si alguno de los caracteres de un ordenamiento comunitario (efecto inmediato, primacía y efecto directo), individualmente considerados, pueden ser reconocidos en el marco regional.

4. CONCLUSIONES GENERALES

Todo lo anterior – con los fundamentos normativos, jurisprudenciales y doctrinarios que figuran en la tesis doctoral mencionada al comienzo – permite arrojar tres conclusiones específicas respecto de los cuatro Estados Partes del MERCOSUR:

1. Los sistemas constitucionales analizados han sido elaborados en atención a las particularidades y necesidad propias de cada Estado.

2. Cada Constitución habilita a su turno, a través de los recursos y la interpretación que surgen del ordenamiento jurídico interno, la consolidación del MERCOSUR mediante la inclusión de órganos supranacionales y la elaboración de un ordenamiento jurídico comunitario.

Todos los ordenamientos examinados plantean cuestiones de análisis e interpretación, algunos de una entidad más compleja que la de otros, pero en cualquier caso, ninguna con una trascendencia tal que invalide la afirmación precedente (salvo factores extrajurídicos que por su naturaleza resultan ajenos a esta investigación).

---

66 Sentencia CSJN, "Cafés La Virginia", 13/10/1994, Fallos 317:1282, en particular voto concurrente del juez Boggiano, y en éste, especialmente los considerandos 28 y 29.

67 Juzgado Federal de Concepción del Uruguay, Entre Ríos, "F.E.P.A.S.A y otros s/medida cautelar", expte. Nº 774/99, 18/11/1999, registro L.S. 122, Tº 1999, Fº 1532/40, *inédito*, considerandos, párr. 9º.

68 Sólo para mencionar un ejemplo, entre varios, Resoluciones 77/2003 SE (Secretaría de Energía), expte. Nº 01:0296959/2002, y 78/2003 SE, expte. Nº 01:0296953/2002, ambas del 24/01/03 y en BO 30/01/03, págs. 12 a 13, por las que se da aplicación al "Memorandum de Entendimiento relativo a los Intercambios Eléctricos e Integración Eléctrica en el MERCOSUR", aprobado a través de la Decisión Nº 10/98 del Consejo del Mercado Común, a pesar de que el mismo, según la posición oficial de los Gobiernos de los Estados Partes – plasmada en varias Actas del GMC –, no se encontraba vigente.

¿Hacia un Mercosur de la Defensa?

Alejandro F. Della Sala*

"Não se ouça, pois, entre vós outro grito que não seja união de Amazonas ao Prata, não retumbe outro eco que não seja independência."
José Bonifácio - Manifiesto ao Povo Brasileiro del 1 de agosto de 1822[1].

Sumário: I.- Marco Teórico. Orden Público y Poder de Policía-Hacia la construcción de una visión geopolítica regional. II.- Algunos puntos de partida. III.- Prospectivas. IV.- Prognosis conclusiva.

I. Marco Teórico. Orden Público y Poder de Policía-Hacia la construcción de una visión geopolítica regional:

En una de las definiciones más conocidas, dice el civilista argentino Llambías que "orden público" es el "conjunto de principios eminentes – religiosos, morales, políticos y económicos, a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida", vale decir, se trata del conjunto de principios fundamentales en que se cimenta la organización social[2].

Por su parte, las denominadas "leyes de orden público" son las que interpretan ese conjunto de principios eminentes. Son las que constituyen el derecho público de un país o constituciones políticas; las que organizan las instituciones fundamentales del derecho privado, relativas a la personalidad (nombre, domicilio, capacidad etc.), familia (matrimonio, patria potestad, tutela, curatela); herencia, régimen de bienes; aquéllas cuya observancia interesa a la moral y a las buenas costumbres .[3]

La implicancia práctica de la noción reside, como se dijo, en su incidencia (limitativa, por cierto) respecto del funcionamiento de la autonomía de la voluntad de los particulares y de la aplicabilidad extraterritorial de la ley extranjera.

Es decir, la aplicación del concepto deja un amplio sector de relaciones jurídicas sustancialmente entregadas al gobierno de los interesados, pero esa libertad de los particulares no es absoluta y se detiene cuando enfrenta el "orden público" o sea ese conjunto de principios superiores del ordenamiento jurídico que no podrá quedar relegado en manera alguna al arbitrio de los individuos.[4]

El sistema internacional precisa de un orden, ya que se encuentran diversos actores entre los cuales se destacan los Estados Nacionales, las organizaciones sean internacionales o regionales, las empresas y los particulares. Si bien la viabilidad del sistema internacional no depende de la conducta de todos los actores, aunque sí de los más importantes. En tal sentido podemos definir siguiendo a Hoffmann a Orden Internacional como: "el conjunto de normas, pràcticas y procesos que aseguran la satisfacción de las necesidades fundamentales del sistema internacional" [5].

---

* Abogado y Procurador por la Universidad de Buenos Aires, Mediador, Magister en Derecho Empresario por la Universidad Austral, Maestrando del último año de la carrera de Magister en Defensa Nacional, de la Escuela de Defensa Nacional, asesor de planta permanente de la Dirección General de Contralor de Materiales de Defensa del Ministerio de Defensa de la República Argentina, colaborador de las revistas en derecho Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina, aduananews, literarias como logogrifo, entre otras. Prova de Português Lingua Estrangeira e Cultura Brasileira, nível internediario por la Universidad Federal de Río de Janeiro (2006) y último nivel de curso regular de portugués "Superior II" en Casa do Brasil de Buenos Aires (Julio 2007).

1 Cfr. RAPOPORT, Mario, CERVO AMADO, Luiz, *El Cono Sur, Una historia común*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2001, pág.95.-

2 LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, Tomo I, Buenos Aires, 1968, ps. 158

3 ídem Nota anterior.

4 ídem Nota anterior.

5 Cfr. BARTOLOMÉ, Mariano, *La Seguridad Internacional Post-11s*, Instituto de Publicaciones Navales, Buenos Aires, 2006, pàg. 69.

Ahora bien, guarda alguna relación el concepto de "orden público" con el denominado "derecho natural", de aplicación en el orden social, impreso en la naturaleza humana…?

Parecería más bien que el "orden público" consiste en un concepto jurídico - positivo, y aún sociológico, mientras que el "derecho natural" alcanza un contenido más amplio, requiere de la formulación del derecho positivo, sólo marca los primeros principios generales del *a priori* jurídico y moral, por ejemplo, "*dar a cada uno lo suyo*", "*el suumm cuique*"; no se trataría en suma de un concepto positivo.

Sin plantearse aquel interrogante, que no es superfluo, a nuestro modo de ver, y que recibirá distintas respuestas según la concepción antropológica o filosófica a que se adscriba, los autores en general son contestes en remarcar la imposibilidad de reducir el orden público a un común denominador válido para todos los países, puesto que se trata de una noción que expresa el particularismo de cada país, gravitado por sus peculiares antecedentes históricos y culturales y por las condiciones políticas, económicas, geográficas y hasta religiosas del respectivo ambiente social.

Observaba en este sentido Savigny, que esta noción rompía la comunidad de derecho existente entre las naciones y hacía por tanto excepción a la aplicabilidad de la ley extranjera indicada por la ciencia jurídica.

Puede mencionarse como ejemplos de "orden público comparado", la llamada propiedad colectiva de los países comunistas; en China, los cupos para tener hijos, cuya transgresión apareja terribles sanciones; en Argentina: el matrimonio de base monogámica, y de distinto sexo; antes el matrimonio indisoluble, etc.

El llamado "poder de policía del Estado", como actividad restrictiva o más bien de regulación de derechos, y su brazo ejecutor, la "policía del Estado", tarea administrativa que viene a implementar aquella regulación, parecen revestir carácter instrumental –propedéutico-, con respecto a la materialización del "orden público". En tal sentido, el poder de policía actúa íntimamente ligado con el poder popular que deviene de la democracia. Por lo tanto debe estar controlado siempre por el poder que delega el pueblo a sus representantes a través del voto universal, popular, individual y obligatorio. Esto parece superfluo pero a la hora de definir roles, es muy importante para evitar excesos.

El advenimiento de la democracia en los distintos países del cono sur, ha jugado un importante papel moderador en el uso del poder de policía, tanto como ya dijimos para evitar excesos en el orden interno como en el orden internacional (incluido el comunitario).

Una perspectiva global nos hace pensar que durante la guerra fría se vislumbraba con mayor claridad la existencia de un poder de policía mundial administrado básicamente por las grandes potencias (especialmente la ex-Unión Soviética y los Estados Unidos). Pero con la caida del muro de Berlín, surgieron nuevos actores a nivel internacional y el papel de las grandes potencias, aunque presentes, no quedó establecido el límite entre ambos contendientes como lo fue durante la guerra fría y por lo tanto surgieron nuevos conflictos en el orden interno de los Estados con proyección internacional (Vgr. Ex Yugoslavia, Chechenia, Afganistán y el más reciente de Irak). Ya la llamada Mutua Destrucción Asegurada (MAD) quedó latente al menos ante la aparición de estos nuevos conflictos ya que había que resolverlos, a "la manera tradicional" vale decir que, sin tirar ningún tipo de armas de destrucción masiva.

Es que el desmoronamiento de la ex Unión Soviética ha provocado una revolución "polibana" es decir que ha dejado sin enemigo definido a su contraparte, los Estados Unidos de América. Aunque, si bien es cierto lo expuesto precedentemente, no menos cierto es que

actualmente han aparecido nuevos pueblos que reclaman su nacionalidad en todo el mundo los que han llegado a denominarse, "los nuevos bárbaros"[6].

Así, compartiendo la idea general de Rufin, el conflicto este/oeste dejo de existir pero esto no significó la pacificación del mundo en el sentido de Francis Fukuyama, sino que el eje ha cambiado al Norte y al Sur. Según este autor, sólo al Norte (Europa occidental, Federación Rusa y Estados Unidos) le interesa el Sur cuando tiene que defender sus fronteras sean éstas territoriales o económicas.

En efecto, de ser necesario, el norte intervendrá militarmente en el sur o le proveerá ayuda internacional según sus intereses (por ejemplo, Estados Unidos no deja de ayudar a un país de sur como México, con el objetivo de evitar las migraciones clandestinas, o bien cooperará con china en el control de la natalidad aunque por otro lado cuestionará la política de Derechos Humanos de aquel país sin dejar de hacer buenos negocios con el gigante asiático).[7]

Con los atentados a las torres gemelas y sus similares en Madrid y Londres , hay autores que se preguntan si Estados Unidos es hegemónico[8] o no, en relación a su influencia en el terreno militar o económico o bien desde la debilidad, incluso técnica, de no poder influir sobre los demás estados o actores (empresas, organismos no gubernamentales, etc.) en el plano internacional.

Entre los supuestos que abonan la idea de que Estados Unidos no es hegemónico, destácase la conducta autónoma adoptada por Francia, Rusia y China, en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, alejándose de las demandas de la Casa Blanca, invalida el atributo de hegemón: conseguir transformar su demanda específica en demanda general de todos los actores, creando a tal efecto una visión del mundo capaz de legitimar sus pretensiones de las demás unidades.[9]

Es que los debates en torno a la jerarquía estadounidense no disminuyen sino que parecen incrementarse, lo que implica según un sector de la doctrina efectuar dos reflexiones, una que aún no se haya solidificado un orden estable y previsible, lo que nos condenaría a apelar los adjetivos de "emergente" o "transicional" y la otra, quizás la más importante desde nuestro punto de vista, que tal vez haya que precisar el alcance que le asignamos a los atributos de hegemónicos, imperiales o de liderazgo en los orígenes del siglo XXI[10].

Un fenómeno alentador, desde nuestra perspectiva, es la aparición de los "BRICS" o "BRICs"[11] o países de la "Nueva Ola" por su empuje económico, territorial y demográfico como ser Brasil, China, India y Rusia, los cuales pueden hacer un verdadero contrapeso a Washington en muchas cuestiones a nivel global[12].

Tal categorización viene a colación principalmente porque dichos países – se supone- tendrán un papel decisor en la economía mundial en el año 2050 especialmente en términos de Producto Bruto Interno (PBI) así como en renta *per cápita* [13].

---

6 Se sigue en este punto los apuntes de la clase del profesor Mariano Bartolomé en la Escuela de Defensa (Maestría en Defensa Nacional, período 2007).

7 Cfr. RIBEIRO OLIVEIRA, Fábio, "O Imperio e os Novos Bàrbaros" Um analise sobre o livro do Jean- Christophe Rufin, http/br.geocities.com/revistacriacao2001/barbaros.htm, pàgina visitada el 16/5/2007.-

8 Siguiendo apuntes de clase del Dr.Bartolomé en sus clases en la Maestría en la Escuela de Defensa de la República Argentina, el concepto hegemonía tiene dos acepciones, una anglosajona que sostiene que hegemonía es cuando un país con gran poder económico tiene capacidad para influir en los organismos internacionales y la otra, que un *hegemon* es aquél que es seguido por actores de segundo nivel. Según estas dos acepciones, parecería según mi opinión personal, que aún Estados Unidos posee esas dos cualidades, pese a los atentados arriba aludidos.-

9 Cfr. BARTOLOME, M., Op. Cit, pág.106. El referido autor cita a al italiano Attiná quien sostiene que: "..un hegemón tiene estructural e intencionalmente el poder de hacer que las cosas marchen en la dirección que prefiere y la capacidad de llevar hasta su posición y terreno, al buscar soluciones para los principales problemas del sistema, al mayor número de Estados del sistema o, como mínimo, a aquellos que cuentan." Ibídem.

10 Cfr. BARTOLOME, M., Op.Cit., pág.338.

11 BRICS si incluimos a Sudáfrica y BRICs si no lo incluimos, como veremos más adelante hay autores como Theotonio Dos Santos que lo incluyen por ser un país articulador de conductas a nivel continental africano.

12 Cfr. GORBACHOV, M.,"Hacia un Contrapeso a Washington", diario La Nación, Miércoles 30 de Mayo de 2007. Aunque el autor sostiene que dicha alianza, sin llegar a ser anti- norteamericana puede generar iniciativas coordinadas en el plano global para favorecer la estabilidad y la seguridad, comunes a todos. Ibídem.

13 Cfr. FREIRE, Juan, "Brasil, país de código abierto", http://nomada.blogs.com/jfreire/2004/11/brasil.html, página visitada el 5/6/07.

En lo que respecta al ámbito regional, la aparición de estos países categorizados como "BRICS" pueden jugar un rol de pacificadores o "amortiguadores" de conductas para vertebrar acuerdos de defensa y en tal caso, también que involucren la cuestión "seguridad" *lato-sensu* como marco de otras cuestiones como ser las económicas, las sociales y las laborales, por ejemplo los temas migratorios en gran escala, etc.

Asimismo, el surgimiento de actores de naturaleza no estatal con tanto o más poder que los Estados, se habla de un cambio en la agenda de seguridad, para incluir estas amenazas trasnacionales (por ejemplo, el terrorismo, el narcotráfico, la guerra informática, la delincuencia trasnacionalizada, el desarrollo y transferencia de armas de destrucción masiva, el lavado de dinero, etc) como temas centrales de seguridad internacional.

En efecto, la aparición de uno o varios de estos fenómenos a la vez con extrema virulencia en un Estado sin que éste tenga un poder de policía suficiente para controlar su territorio, puede aquél transformarse en un sistema anómico o con un territorio controlado por otros actores no estatales (Vgr. los paramilitares en Colombia, o el ataque del *Primeiro Comando da Capital* "PCC" en San Pablo o el *Comando Vermelho* en algunos morros de la ciudad de Río de Janeiro, entre otros).

Podríamos afirmar sin mengua de lo hasta aquí expuesto, la tesis de que los Estados sólos o aislados no pueden resolver ni los nuevos ni los viejos conflictos, necesitando la creación de sistemas de seguridad tanto colectivas como cooperativas[14] para el uso de la fuerza y por lo tanto, generar nuevas formas de utilización del "Poder de Policía" para interactuar tanto en el plano local, cuanto el internacional o como algún sector denomina, el trasnacional para incluir cuestiones que van más allá de la relación "interestatal" (Vgr. con la aparición de amenazas trasnacionales como las más arriba descriptas).

En un mundo interdependiente donde surgen amenazas de todo tipo, existe una creciente carencia de alimentos y de recursos naturales en general, no se efectúa una estrategia conjunta para resolver cuestiones comunes para evitar conflictos posibles o probables y desarrollar las potencialidades de los pueblos que habitan esta parte del globo[15].

La hipótesis de este trabajo podría sustentarse en lo siguiente: La integración regional en materia de Defensa en el ámbito regional del MERCOSUR fortalece las identidades nacionales de sus miembros por medio de la creación de un sistema de seguridad cooperativa y del desarrollo del concepto: "Frontera Viva". En efecto, algunos autores consideran que la integración cultural es el vehículo para desplazar las fronteras de tipo fijas a móviles y que no se puede lograr ningún tipo de integración sin la participación de la sociedad civil en ese proceso[16].

Los intercambios entre paraguayos, argentinos y brasileños o entre brasileños, paraguayos y uruguayos en las zonas de frontera, en el sentido de cómo se ven unos a otros desde su propia percepción conforman líneas divisorias dinámicas con integraciones constantes, transformándose en verdaderas "fronteras vivas"[17]. No se trata del concepto de frontera líquida

---

[14] El propósito central de los acuerdos de seguridad cooperativa es el de prevenir la guerra y al menos primariamente los medios para una agresión exitosa, estableciendo lazos estrechos entre las partes como para evitar una amenaza mutua. En estos casos el dilema de la seguridad –es decir yo me armo por temor a otro- se minimiza bastante. A través de estos acuerdos los cuales tienen que tener una base en otro de seguridad colectiva residual –que actúa como paraguas del anterior- se asegura que toda agresión organizada no pueda comenzar al menos en gran escala.Cfr. CARTER, Ashton, PERRY, William, STEINBRUNER J., "A New Concept of Cooperative Security, The Brooking Inst.", Washington D.C. pág.7.- (La interpretación del inglés me pertenece).

[15] En tal sentido el General Juan Domingo Perón en un discurso efectuado en la Escuela de Guerra Nacional – actual Escuela de Defensa ha señalado ya en 1953 que en un mundo superpoblado una cosa primordial para la humanidad es la comida y las materias primas. Y nuestra América Latina era una zona poco poblada con reservas de alimentos y reservas de materias primas y por ello había que impulsar la unión regional a través de un Pacto que en ese entonces se lo denominaba (ABC) por Argentina, Brasil y Chile (Cfr. Discurso del ex presidente General Juan Domingo Perón en la Escuela de Defensa del 11 de noviembre de 1953, Biblioteca de la Escuela de Defensa de la República Argentina, Buenos Aires, 2007.

[16] Cfr. MARTINS, María Helena (organizadora), *Fronteras Culturais*, Ateliê editorial, Porto Alegre, 2002, pág. 167.

[17] Cfr. MARTINS, op.cit., pàg.230.

del que nos habla Zygmunt Bauman, en el que la desintegración de la trama social y el desmoronamiento de las agencias de acción colectiva se justifican como un efecto colateral de la nueva levedad y fluidez de un poder cada vez más móvil, escurridizo y cambiante[18] , sino lo que se pretende es desarrollar redes cooperativas generadas desde el gobierno y la sociedad civil para evitar esta especie de modernidad líquida en la que vivimos, donde todo se evade, nada se enfrenta y si fuera posible se destruye desde el caber espacio para no ver la sangre o para que los combatientes no combatan cuerpo a cuerpo. Cualquiera de los conflictos internacionales actuales son un fenómeno palpable de ello.

En efecto, la historia común del cono sur nos muestra que ha habido siempre fronteras móviles o vivas desde la época del Tratado de Tordesillas hasta muy entrado el siglo XX con las respectivas delimitaciones del territorio en el escenario regional y los tratados celebrados al "ad-hoc". Por ejemplo se destacan las disputas por la "vaquería del mar", como se la denominaba en ese entonces a la Banda Oriental del Uruguay, junto a la mítica Colonia del Sacramento desde la época de los reinos de España y Portugal, la guerra de la triple alianza, sin contar la problemática de las misiones o más recientemente el tema de las represas hidroeléctricas, donde la cuestión de los ríos y su aprovechamiento geoestratégico marcaron los escenarios comunes de la política regional.

La construcción de redes cooperativas a nivel regional pueden minimizar cualquier intento de generar un conflicto internacional en este sector del planeta por parte de cualquier actor internacional sea éste estatal o no.

Una visión geopolítica regional nos llevaría a intentar fortalecer distintas líneas estratégicas de acción que incluyan, desde articular la amazonia con la patagonia argentina para su protección y desarrollo sustentable, hasta unir ejes de desarrollo como el de San Pablo – Porto Alegre-Montevideo- Buenos Aires y Santiago de Chile. En tal sentido, intentar construir un concepto uniforme de orden público comunitario – es decir un concepto que sirva de base y de freno para cualquier intento de flexibilización jurídica – puede servir de punto de partida para incorprarlo a las Constituciones o Cartas Magnas de los países miembros de este espacio mercosureano.

Sería, lo que uno de los padres de la geopolítica brasileña, Carlos de Meira Mattos procuraba, que era establecer una geopolítica aplicada con la idea de que las relaciones geográficas comprendidas debían estar contenidas en las políticas de gobierno[19], y agregamos, de la mano de una visión compartida de todos los integrantes de este espacio regional.

En suma, el objetivo de la presente propuesta sería responderse al interrogante de porqué los Estados miembros del MERCOSUR no crean un mecanismo regional en materia de Defensa y hasta qué punto sería provechoso para ellos la creación del presente mecanismo.-

II. Algunos puntos de partida

Mucho se ha escrito en materia comercial en el ámbito regional del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) como fuera pensado originariamente en el célebre Tratado de Asunción de 1991 que le diera entidad jurídica, pero lo cierto es que no se han articulado esquemas de participación institucionalizados de los Ministros de Defensa en las reuniones de Ministros de los países integrantes del aludido espacio regional de personas y bienes en general .

---

[18] Cfr. BAUMAN Zygmunt, *Modernidad Líquida,* Efe, México, 2002, página 19. En tal sentido también se recomienda ver "La Sociedad Sitiada" del mismo autor.

[19] COSTA FREITAS Jorde Manuel do, *A Escola Geopolítica Brasileira*, Biblioteca do Exército, ed. Primeira, Río de Janeiro, 2004, pág.65.

Al respecto, observamos que nuestro país participa activamente en cuestiones de Economía, Producción, Justicia, Seguridad, Salud, Medio Ambiente, pero resulta escasa su participación en el área de DEFENSA, al menos institucionalmente en dicho ámbito.

Así, dentro de la estructura del Consejo del Mercado Común, se han institucionalizado las siguientes reuniones: Agricultura (RMA): Decisión CMC Nº. 11/92; Economía y Presidentes de Bancos Centrales: Decisión CMC Nº. 06/91; Industria (RMIND): Decisión CMC Nº. 07/97; Medio Ambiente (RMMA): Decisión CMC Nº. 19/03; Minas y Energía (RMME): Decisión Nº. CMC Nº. 60/02; Relaciones Exteriores (RMRE); Salud (RMS): Decisión CMC Nº. 03/95; Trabajo (RMT): Decisión CMC Nº. 16/91; Turismo (RMTUR): Decisión CMC Nº. 12/03; Autoridades de Desarrollo Social (RMADS): Decisión CMC Nº. 61/02; Cultura (RMC): Decisión CMC Nº. 02/95; Educación (RME): Decisión CMC Nº. 07/91; Interior (RMI): Decisión CMC Nº. 07/96; Justicia (RMJ): Decisión CMC Nº. 08/91. Todos ellos se pronuncian mediante acuerdos que deberán ser aprobados por la Consejo del Mercado Común (CMC).[20]

Porque más allá de los términos empleados casi retóricamente como el de "asociación estratégica" entre Argentina y Brasil, el MERCOSUR carece, no sólo de instituciones, sino también de instancias o iniciativas que vinculen a todos los estados miembros (y asociados) en materia de política exterior y defensa[21].

Asimismo, se observa que las decisiones más importantes fueron adoptadas durante cumbres presidenciales y los puntos más conflictivos fueron resueltos por la intervención directa de los jefes de los respectivos estados miembros[22].

En efecto, si bien, a nivel bilateral se han efectuado reuniones, celebrado "memorandums de entendimiento" y convenios para promover el intercambio científico y tecnológico - por ejemplo con la República Federativa del Brasil- no se ha articulado un mecanismo institucionalizado desde la Secretaría del MERCOSUR, tendiente a incluir las cuestiones de DEFENSA.-

Relevante doctrina nacional, ha destacado a la sazón, los avances concretos en términos de cooperación bilateral y de algunas definiciones políticas previas por parte de países como Argentina, Brasil y Chile, como ser la coordinación política previa a las reuniones de Ministros de Defensa de las Américas, los mecanismos de consulta bilateral como ser el COMPERSEG con Chile y el Mecanismo de Análisis Estratégico correspondiente al Acta de Itaipava con Brasil. También destacan los progresos en temas de cooperación militar como la integración conjunta entre Argentina y Chile en la misión de paz en Chipre y la coordinación de esfuerzos de Brasil, Chile y Argentina en la operación de paz "Minustah" de la ONU en Haití [23].

Nótese asimismo, que han aparecido una serie de cuestiones comunes que podrían afectar el normal funcionamiento de las instituciones en la región, como ser el tráfico de armas, drogas, personas, y de mercancías peligrosas - tanto desde el punto de vista de la seguridad del material a trasladar como a la posibilidad de que las mismas sean utilizadas con fines ilícitos. Sin contar además, todas las cuestiones vinculadas a la preservación de los recursos naturales, las cuales deben formar parte ineluctable del concepto de integridad territorial.

Por ejemplo, en el ámbito de las políticas de no proliferación es de resaltar el Memorando de Entendimiento sobre el Intercambio de Información sobre la Fabricación y el Tráfico Ilícito de

---

[20] Ver página web del mercosur: www.mercosur.org.uy.

[21] Cfr.ALBERTI, Giorgio, LLENDOROZAS, Elsa y Julio Pinto (Comp.), *Instituciones, Democracia e Integración Regional en el MERCOSUR*, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2006, pág, 220.

[22] Cfr.ALBERTI, Giorgio, LLENDOROZAS, Elsa y Julio Pinto (Comp.), Op.Cit., pág.221.

[23] Cfr.ALBERTI, Giorgio, LLENDOROZAS, Elsa y Julio Pinto (Comp.), Op.Cit., pág.225.

Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y otros Materiales relacionados entre los Estados Miembros del MERCOSUR (Decisión CMC 15/04) .

El presente Memorandum se enmarca en el Tratado de Asunción que diera origen al MERCOSUR así como el Protocolo de Ouro Preto y la Decisión Nº. 7/98 del Consejo del Mercado Común.

El aludido instrumento jurídico, establece que los Estados Partes se prestarán cooperación para investigar, prevenir y/o controlar, a través del intercambio de información, la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados entre los Estados Partes para lo cual cita la Decisión Nº. 07/98 que aprueba el "Mecanismo Conjunto de Registro de Compradores y Vendedores de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y otros Materiales Relacionados para el MERCOSUR." (Cfr. Art.2 MERCOSUR/CMC/DEC. Nº. 15/04) .

Además, destaca en el artículo 6, cuáles serán las autoridades de aplicación por cada país miembro del MERCOSUR.

Por ejemplo, en el caso de nuestro país nombra como tales conforme el área de competencia a: la Secretaría de Seguridad Interior, actualmente dependiente del Ministerio del Interior, el Registro Nacional de Armas respecto de las solicitudes de información referidas a datos registrales y sobre licencias de importación y exportación de armas de uso civil; la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Nacional de Control de Exportaciones Sensitivas y Material Bélico sita actualmente en el Ministerio de Defensa respecto de las solicitudes de información referidas a datos sobre licencias de importación y exportación de armas de uso militar y la Dirección Nacional de Inteligencia Estratégica (Secretaría de Inteligencia) respecto de solicitudes de información de inteligencia estratégica referida a la identificación de grupos responsables por el tráfico ilícito de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados y de su modus operandi.[24]

Asimismo, los Estados Partes establecen un mecanismo permanente de intercambio de información sobre la fabricación y la circulación de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados.[25]

El aludido Memorandum contribuirá además, a la aplicación a nivel sub-regional de la Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados que fuera aprobado por Ley del Honorable Congreso Nacional Nº. 25449, dada la vinculación de estos temas con el crimen organizado, el narcotráfico y el terrorismo en general.

Por otra parte, ya en el área de materiales sensitivos es de resaltar la creación de la Agencia Argentino – Brasileña de Contabilidad y Control (ABACC) en el área nuclear para la aplicación del sistema de salvaguardias establecido por el Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA), lo cual reafirma la voluntad integradora de la región en áreas tan sensibles como la de la referencia.

Además, es necesario señalar el Compromiso de Mendoza, por el cual la Argentina, Brasil y Chile se comprometieron en el año 1991 a ser partes originarias de la Convención para la Prohibición de las Armas Químicas y Bacteriológicas y por tanto crear una zona libre de esa categoría de armas en la región.[26] Cabe destacar que posteriormente adhirieron al referido

---

24 Cfr. Art.6.

25 Cfr. Ibidem Art.3.

26 Nótese que los países del MERCOSUR son parte de la Convención para la Prohibición de las Armas Químicas de 1993, así como también de su par, en el área biológica.

Compromiso, Bolivia, Ecuador, Paraguay y Uruguay. En sentido concordante, se ha sostenido la misma directiva estratégica con la firma de la Declaración Política de los países del MERCOSUR y Estados asociados (Bolivia y Chile) como Zona de Paz, celebrado en la ciudad de Ushuaia el 29 de julio de 1998, donde establece que los Estado firmantes apoyarán la plena vigencia y perfeccionamiento de los instrumentos internacionales y mecanismos de no proliferación de armas de destrucción masiva.

Es de remarcar asimismo, que en el área de los controles a las exportaciones de material bélico, sensitivo y uso dual, nuestro país es Parte de la mayoría de los foros internacionales encargados de combatir la no proliferación en general como ser el Grupo Australia en el área química, bacteriológica y equipamiento relacionado, el Régimen de Control de Tecnología Misilística (MTCR), el Acuerdo Wassenaar (WA), en el área de material bélico y uso dual, el Grupo de Proveedores Nucleares (NSG), etc. Por tanto, sería de mucho interés crear un grupo de trabajo conjunto para establecer Listados comunes para el control regional, minimizando las barreras paraarancelarias y teniendo regímenes similares funcionando armónicamente en todos los países de la REGION MERCOSUR, con miras a ampliarlo a la REGION SUDAMERICANA.

En efecto, de concretarse en un futuro dicha política, podría facilitar el cumplimiento de la Resolución 1540 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre la no proliferación de armas de destrucción masiva y la implementación de medidas nacionales de los Estados Partes tendientes a garantizar la seguridad de los materiales que puedan ser utilizados para la fabricación de esa categoría de armamento en general.

En igual sentido, cabe destacar que los países de la región son también Partes de una serie de tratados multilaterales en materia de desarme y de control de armas en general que bien podrían plantearse cuestiones políticas comunes para tener mayor implicancia a escala multilateral.

Dichas problemáticas comunes conllevan a la necesidad de crear un foro regional multidisciplinario en el área de DEFENSA para tratar todas estas cuestiones, las cuales podrían culminar en la reunión de Ministros de DEFENSA del Mercosur y países asociados.-

Se destacan a la sazón, los proyectos conjuntos de producción para la defensa, como el proyecto de vehículo todo terreno multifunción denominado gaucho entre los ejércitos brasileños y argentinos, la posible construcción de Patruleros Oceánicos Multipropósito (POM)[27], los ejercicios combinados en distintas regiones del escenario MERCOSUR, entre otras medidas de cooperación conjunta pueden servir de puntapié para la generación de este tipo de mecanismos.

Es que, consideramos la necesidad de crear un proyecto regional – desarrollista que articule cuestiones políticas, económicas y jurídicas para un mejor aprovechamiento de los recursos de esta región del planeta. De esta manera, algunos autores sostienen que el "...Mercosur representa el sistema mínimo de integración capaz de permitir a sus miembros un desarrollo autónomo, es decir, capaz de impedir que se transformen en simples segmentos del mercado internacional y provincias del Imperio. La Comunidad Sudamericana de Naciones, convertida en un efectivo sistema de integración económica y de cooperación política, constituye la meta de integración deseable, capaz de proporcionar a sus miembros, en este siglo, el estatus de grande interlocutor internacional independiente."[28]

---

[27] "Proyecto de origen subregional que le permitirá contar a sus miembros con capacidades comunes e interoperables en materia de control y vigilancia de los mares territoriales circundantes". Cfr. Ministerio de Defensa de la República Argentina, "La Modernización del Sector Defensa, Caracteres y fundamentos del Modelo Argentino, 2007" pàg.15.

[28] JAGUARIBE, Helio, AFAN DE SUMAR, XV CUMBRE IBEROAMERICANA DE JEFES DE ESTADO Y DE GOBIERNO, Salamanca, 2005, España, Suplemento Diario Clarín, Buenos Aires, Argentina, pág.16.- Conforme la visiòn de este autor, casi dos millones de jóvenes aptos para ingresar al mercado de trabajo por año y que no encuentran empleo acaban formando parte del "ejército de reserva del narcotráfico". Enviados a los presidios, que el PCC llama "facultades", muchos de estos jóvenes pasan a ser referentes del crimen organizado. Cfr. asimismo, BORGES, A. "as causas da violência urbana", mayo de 2006, www.lainsignia.org, pàgina visitada el 31/5/06. (La traducción me pertenece).

Y la idea precedentemente expuesta por Jaguaribe, podría concluirse que: "...tanto el Mercosur como la Comunidad Sudamericana de Naciones sólo serán sistemas efectivos e internacionalmente válidos si se basa en una estable, creíble y recíprocamente benéfica alianza argentino-brasileña." [29]

Ya en el plano estrictamente político, nótese que la mayoría de los expertos de nuestro país coinciden que el MERCOSUR ha sido creado , más que como "espacio mercantil", como "...un espacio de paz y de cooperación en América del Sur..." y también para "... incrementar nuestro poder de negociación internacional, aumentar nuestra autonomía de decisión y promover y consolidar la democracia y los derechos humanos en toda la región."[30]

Importante es resaltar el paso del ex presidente Arturo Frondizi por el Brasil en una época en que dicho país era sinónimo de modernismo y su influencia positiva del gobierno de Juscelino Kubitscheck, el que a la sazón ya tenia en ese entonces la convicción de crear un gran proyecto siderúrgico regional[31], cuestión que también se apoya en los proyectos conjuntos que en materia de utilización pacífica de la energía nuclear se han articulado principalmente desde finales de la década de 1980.

En definitiva, el proceso de integración, se inició con un sentido político más que económico. En el caso de nuestro país, debe entenderse como prioritario el proyecto de integración regional, por la sencilla razón de que en las circunstancias actuales, como señalara el ex -presidente Raúl Alfonsín: "...no hay lugar para países aislados, ni para proyectos aislados."[32]

Nótese en tal sentido que nuestra hermana República Federativa del Brasil ha sido uno de los primeros países en el área latinoamericana en crear un sistema profesional de expertos diplomáticos a partir de la gestión de su histórico canciller de principios de siglo pasado, el barón del Río Branco, el cual se había dedicado a construir políticas de consenso en la región, a través de tres rasgos distintivos: mantener la paz, ampliar en gran medida su territorio sin recurrir a la fuerza militar ni provocar una coalición circundante de vecinos lusófobos y por último -consideramos que éste es el aspecto más importante- unir sus políticas de acuerdos limítrofes con sus estrategias de desarrollo económico y social.[33]

Cabe destacar, que dicha estrategia global del vecino país se ha mantenido durante todo el siglo pasado hasta nuestros días, cuestión que debería tomarse de base para establecer acuerdos en común desde la perspectiva bilateral en una primera etapa, para ampliarla a nivel subregional y por último a nivel "macro" sudamericano.

III. Prospectivas

Durante la década de los años 1970, las políticas de defensa de la República Argentina en relación con los demás estados sudamericanos, eran de tipo secretas y tendían a mantener la

---

29 Ibídem.

30 ALFONSIN, Raúl "EL MERCOSUR NACIO PARA PROVECHO DE NUESTROS PUEBLOS Y DE LA REGION,." Diario Clarín, 30 noviembre de 2005, pág. 31.

31 Cfr. PARADISO José, " Sobre Integración, equilibrio de poder y la relación entre Brasil y Argentina", en ALBERTI, Giorgio, LLENDOROZAS, Elsa y Julio Pinto (Comp.), Op.Cit., pág.125. El autor destaca las palabras del expresidente Frondizi en ese entonces, las cuales articulan en un todo con el espíritu de este trabajo: "Podemos llegar a un mercado común. La prosperidad de cada una de nuestras naciones será prenda de la prosperidad de las demás. Sepamos que detrás de nuestras fronteras no hay un enemigo que nos va a atacar sino un hermano que nos cuida las espaldas. Liberados de esa preocupación, procuremos aplicar todos nuestros recursos a inversiones fructíferas." Op.Cit. ibídem.

32 Ibidem. El ex presidente también señala que debemos: "...crecer juntos, Producir juntos, Encarar juntos la globalización, responder juntos a los desafíos científico-tecnológicos, buscar juntos la mayor eficiencia y el incremento de la competitividad, Poner juntos los necesarios y racionales límites a la intromisión de los capitales golondrinas, el narcotráfico, el lavado de dinero, a la dictadura de los oligopolios,.." entre otras. (Cfr.ibidem)

33 Cfr. DOMINGUEZ, Jorge I., "Conflictos Territoriales y limítrofes en América Latina y el Caribe" en *Conflictos Territoriales y Democracia en América Latina*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, pág.37.

autonomía en áreas consideradas sensibles a los intereses nacionales. Demás está recordar, las políticas de contención en relación al Brasil que se desarrollaron en esa época, por ejemplo con la idea de trasladar unidades militares a la mesopotamia argentina, los recelos que existían en relación a la construcción de la represa de Itaipú, sin mencionar lo que ocurría del otro lado de la cordillera en materia de despliegue militar. Un ejemplo de cuán distanciados estábamos en materia de integración regional, lo es la Ley Secreta Nº. 19248, del 21/9/1971 publicada en el Boletín Oficial del 21 de setiembre de 2006, la cual fijaba como "Objetivo Político Secreto": " Mantener una situación de preeminencia en el ámbito de América Latina a fin de lograr una gravitación significativa en el sistema internacional", además de promover la creación de un "ámbito de influencia propio" en relación a los países limítrofes, entre otras cuestiones conexas[34].

Los acuerdos entre los presidentes Alfonsín y Sarney del Brasil de 1985, y los tratados de cooperación en materia nuclear con dicho país, dieron el puntapié inicial para la creación del MERCADO COMUN DEL SUR (MERCOSUR).

Si bien es cierto que en la actualidad no existe un mecanismo institucionalizado de tratamiento de las cuestiones de la DEFENSA en el ámbito del MERCOSUR, no menos cierto es que son crecientes las manifestaciones tanto políticas como jurídicas en torno a viabilizar proyectos conjuntos entre los países del MERCOSUR.

Desde una perspectiva realista se podría sostener que la integración regional en el área de DEFENSA resulta poco probable, ya que dichas cuestiones se encuentran excluidas del Tratado de Asunción de 1991, que diera origen al MERCOSUR y a la sazón, cada Estado debe tener su propio Sistema de Defensa sin compartir ninguna de sus capacidades con el vecino, debido a varias cuestiones que surgen del análisis de la realidad misma, la cual es compleja y contradictoria. Sin embargo, esta materia podría entenderse incluida, al menos de un modo implícito em otros instrumentos del MERCOSUR como el Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR y en las declaraciones presidenciales y en los comunicados semestrales[35].

Asimismo, cada estado tiene su propia percepción de la amenaza y lo que para unos puede ser la criminalidad, para otros será el terrorismo, la explotación irrestricta de los recursos naturales, o el valor del kilo de novillo[36].

De la mano de esta escuela, se podrían trazar algunos mecanismos de cooperación pero siempre manteniendo las capacidades de la defensa intactas y casi "en secreto" para mantener una actitud ofensiva en caso de ser necesario.

Desde el liberalismo o institucionalismo, se privilegian los acuerdos entre países para evitar la guerra o el conflicto "lato-sensu" y cuanto más uno participa de mecanismos de integración menos existen posibilidades de conflicto.

Según otras escuelas de pensamiento como podrían ser el constructivismo, la doctrina social de la iglesia e incluso el marxismo, deberán analizarse las fortalezas y las debilidades de los Estados miembros de una posible mecanismo de integración y trabajar sobre sus causas estructurales que irían desde el analfabetismo hasta el hambre las diferencias sociales y el desarrollo económico.

En tal caso, se abordarán las referidas cuestiones desde una perspectiva integral, sin descuidar que la región en general es una zona de paz, sin conflictos interestatales a la vista pero con profundas diferencias sociales y conflictos de índole *intra estatal*.

---

34 Cfr. Ley Nº.19248 del 21/9/1971, B.O. 21/9/06.

35 Por ejemplo en la Declaración Política del MERCOSUR, Bolivia y Chile como Zona de Paz, CMC/1998/Acta Nro.1. También en los Comunicados Conjuntos de los Presidentes de los países miembros del MERCOSUR, Bolivia y Chile, CMC/2001, donde expresan la necesidad de tomar medidas concretas en materia de comercio ilegal de armas, delitos conexos, etc, la Declaración de Florianópolis de junio de 2000, sobre tecnologías de la información, entre otras (Cfr. www.mercosur.org.uy).

36 Cfr. La Declaración política del MERCOSUR, Bolivia y Chile como zona de paz, el Comunicado de los presidentes de los Estados Partes del MERCOSUR a los 10 años del Tratado de Asunción, entre otros.

Por ejemplo, cumplen un papel negativo la inestabilidad de la región andina subtropical que fomenta un incipiente armamentismo, el peligro de irradiación de los conflictos internos y el efecto transfronterizo de una eventual contaminación ambiental (Por ejemplo el tratamiento de las contradicciones ambientales en la cuenca del Plata).

También se observa, una debilidad en la estructura de los mecanismos de defensa colectiva de la región debido a la ineficacia del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR) , las descoordinaciones en el área de la Organización de Estados Americanos (OEA) y un incipiente relanzamiento político del MERCOSUR a pesar de su desaceleración económica. En efecto, un indicio de dicho relanzamiento podría ser la constitución del parlamento regional con sede en la ciudad de Montevideo y el ingreso de otros Estados como ser Venezuela y de otros con el carácter de asociados como son los casos de Bolivia y de Chile.

Por otro lado, se vislumbra que la región latinoamericana en general posee importantes recursos naturales inexplorados, aunque las diferencias económicas de desarrollo regionales son muy grandes (Nos vasta comparar la ciudad de San Pablo con cualquier otra ciudad del cono sur). En consecuencia, la falta de homogeneidad económica e integración social, deja enormes espacios vacíos hacia el centro del continente y por ende desprotegidos como ser: la cuenca del Orinoco, la Amazonia, el Pantanal, el Acuífero Guaraní, la Cordillera de los Andes, la Patagonia y el Mar Austral.

Asimismo, y pese a las contradicciones antes mencionadas, la creación de un mecanismo regional institucionalizado, tanto para resolver cuanto para proteger dichos recursos vitales, puede ser muy provechoso.

Siguiendo a Jaguaribe en este punto, no debe soslayarse que: "…La integración regional tiene al MERCOSUR como núcleo duro y, a la vez, la integración dentro del MERCOSUR depende de dos condiciones básicas: que se consolide operacionalmente la alianza argentino-brasileña (que está más verbal que operacional) a través de establecer un programa industrial común; y que se tengan en cuenta las necesidades de Paraguay, que es el sector débil del MERCOSUR y que es por donde están entrando los norteamericanos bajo el pretexto del adiestramiento a las fuerzas paraguayas están invadiéndolo militarmente con vistas a ocupar la Triple Frontera." Asimismo, el intelectual brasileño sentenció: "Si no atendemos a las necesidades paraguayas, en un plazo relativamente corto vamos a tener un núcleo militar en la Triple Frontera que, bajo el pretexto del combate al terrorismo, va a controlar a la Argentina y Brasil. Hay que sustituir a esta fuerza por una del MERCOSUR que garantice la autonomía del país, además de hacer inversiones, acuerdos comerciales favorables a los socios menores. Hay que darle a Paraguay lo que Estados Unidos no puede. Estados Unidos puede dar corrupción, nosotros promoción del desarrollo."[37]

Sin mengua de lo hasta aquí dicho, es de destacar además, que en el área de seguridad y defensa, pese a los acercamientos de los gobiernos de los diferentes países del MERCOSUR en material de medidas de confianza mutua, de los ejercicios combinados en materia militar y de los proyectos de producción para la defensa conjuntos, no se han creado otros mecanismos que fortalezcan las relaciones de los países desde la creación de instrumentos jurídicos que materialicen un proyecto de integración regional en el área de defensa[38].

---

[37] Cfr. JAGUARIBE, H. "América Latina Principal portadora de un mensaje humanista", www.mercosurabc.org. Página visitada el 13/9/07. Sostuvo el referido pensador en una conferencia realizada en el palacio San Martín de Buenos Aires, que América Latina es el sitio donde la descartabilidad humana es más reducida y que la integración es la salida a la desintegración social, incluso para Brasil.

[38] Cfr. En tal sentido KOUTOUDJIAN, Adolfo, propone entre otras cosas la creación de un Pacto de Defensa y Seguridad en el cono sur americano (Cfr. KOUTOUDJIAN, Adolfo, Pacto de Defensa y Seguridad del Cono Sur, en STANGANELLI Isabel, Comp., Seguridad y Defensa en el Cono Sur, Editora Andina Sur, Mendoza, 2004, pàg.191).

Ya desde una perspectiva geopolítica, resulta necesario resaltar, la creciente demanda de materias primas en el mundo actual y la escasez de recursos que se vislumbra en este siglo puede incrementar conflictos[39] tanto sea para adquirir o simplemente "controlar" los Recursos Naturales "lato–sensu", como puede ser la selva virgen del Amazonas, la cuenca de los ríos más importantes del mundo entre los que también hay que contar al acuífero guaraní en relación al recurso agua potable, la Cordillera de los Andes en torno a la explotación de minerales, el sector antártico, etc.

Porque como decía un estratega argentino muy conocido, "… Son los intereses y no las armas los que desencadenan las guerras."[40] Entonces, la idea de comunidad con intereses compartidos que campea en esta región del cono sur, puede asimismo contribuir a generar este tipo de mecanismos conjuntos de cooperación fortaleciendo la tesis de seguridad cooperativa que se sustenta en el presente trabajo.

Sin mengua de lo hasta aquí dicho, esto no significa que los Estados nacionales no tengan que mantener una respuesta militar y de defensa en general ante cualquier agresión externa como señala nuestra sabia Ley de Defensa Nacional, lo que se pretende es sumar a la tésis de defensa tradicional este nuevo concepto cooperativo, que desde ya no es nuevo en el terreno de las relaciones internacionales, lo cual simplemente puede contribuir como trabajo doctrinario, al desarrollo de una conciencia regional en la materia.

Sobre el particular, cabe citar la actual reglamentación de la Ley de Defensa Nacional[41] que establece expresamente en sus considerandos: "…la necesidad de proyectar, junto a los países vecinos, un Sistema de Defensa Subregional que fomente y consolide la interdependencia, la interoperabilidad entre sus integrantes, la confianza mutua y, por ende, las condiciones políticas que aseguren el mantenimiento futuro de la paz."

Es que, la integración regional vista como preservación de los recursos naturales, no deja de ser la preservación de la integridad territorial de los países integrantes de una comunidad, esta última entendida como mancomunión de intereses, aspiraciones, objetivos y si se quiere, "sueños compartidos". Por ejemplo, se detectarán espacios geopolíticos a resguardar como ser la amazonia brasileña, la mata atlántica, el pantanal – que cubre parte de Brasil, Bolivia y Paraguay -, los sistemas hídricos de los Ríos: Paraná, Paraguay, San francisco y Uruguay, así como la Cordillera de los Andes, la Patagonia y Antártida e Islas del Atlántico Sur.

De esta manera, lo cultural como principal manifestación de poder, nos dará el sustento a la idea de preservar un bien en un área determinada. De nada nos servirá preservar algo que no queremos o estimamos y para ello, hay que promover la idea de difundir la cultura de una región para que la gente de un país conozca lo que sucede en el vecino. En tal sentido, el conocimiento del idioma como herramienta geopolítica, es fundamental para explorar en esta área.

Asimismo, es de destacar en este punto, el rol de la opinión pública internacional que viene a jugar un límite y un control de alguna manera a las atribuciones de los Estados y también a los organismos internacionales. Podría decirse que la misma integra actualmente, junto con los medios de comunicación, los poderes blandos o "soft power"[42] que sostiene el accionar internacional de los Estados. Los individuos actualmente requieren de mayor interrelación entre sí para lo cual se están generando permanentemente organizaciones para articular dichas aspiraciones (El ciberespacio, los

---

39 KLARE, Michael, *Guerra por los Recursos*, edit. Urano, Edic. 2003, Barcelona, pàg. 37.

40 FRISCHKNECHT, F., LANZARINI, M, y otros, ESTRATEGIA, Lògica, Teoría y Pràctica, Escuela de Guerra Naval, 1994. pàg.10

41 Cfr. Considerandos del Decreto Nº.727/2006 (www.infoleg.gov.ar, pàg visitada el 14/6/2006).

42 Por ejemplo, "…el caso de Brasil que se ha lanzado a la introducción de estándares abiertos en diferentes ámbitos económicos y culturales. Brasil es en estos momentos "el país de código abierto"…En este objetivo están siendo claves el papel del Ministro de Cultura Gilberto Gil y diferentes iniciativas del gobierno para la implantación de software de código abierto y el uso de licencias Creative Commons…", entre otras cosas, Cfr. FREIRE, Juan, Op.Cit. pàg.1.

nuevos medios de transporte, los mecanismos de derecho comunitario como ser la Unión Europea y actualmente El MERCOSUR son un ejemplo en tal sentido).

En el ámbito local, por ejemplo, y más allá de cualquier tipo de acuerdo de tipo la idea de crear una red de mercociudades[43], puede contribuir al mantenimiento de la paz a nivel macro regional. Es que no necesariamente con instrumentos militares similares se puede construir un sistema de seguridad colectivo eficaz, es necesaria la participación ciudadana en todos los planos, inclusive el cultural, para establecer líneas de contención a nivel macro, siendo poco factible el uso de la fuerza, al menos a nivel limítrofe .

Por ello es que algunos autores sostienen que durante la segunda mitad del siglo diecinueve y el primer tercio del siglo veinte se desarrolló en América del Sur un sistema de "equilibrio de poder" asegurado por una exitosa disuasión. Su consolidación es una importante explicación de la escasa incidencia de la guerra en los Estados sudamericanos[44].

Sin embargo, si bien los Estados sudamericanos no tienen problemas limítrofes graves que puedan llevar al uso de la fuerza interestatal, han proliferado una serie de conflictos internos vinculados con la miseria, el desarrollo inequitativo de distintas regiones en deterioro de otras, el crimen organizado, el narcotráfico, las migraciones masivas, la proliferación de armamento convencional y de destrucción masiva en general, etc. Este tipo de amenazas, que para algunos son nuevas – por la virulencia en que se manifiestan en el escenario social – y que para otros son trasnacionales, ya que al menos uno de los actores involucrados no es el Estado formalmente hablando, han generado lo que una parte de la doctrina internacionalista vinculan dichas amenazas con la aparición de nuevas guerras que desdibujan el concepto tradicional, definiéndolas incluso como de tipo informal o privatizadas.[45]

Asimismo, con el fenómeno de la globalización y su consecuente "Revolución en los Asuntos Militares" y las tecnologías informáticas han provocado profundas repercusiones en el arte bélico[46], tanto como lo fue el uso del tanque o el avión en su momento, modificando incluso el término de "frontera como límite fijo" ya que por ejemplo con el Internet y el ciberespacio, la gente se puede vincular en el aquí y ahora – al menos virtualmente pero con efectos concretos en la realidad- con todo el mundo.

Ahora bien, más allá de la clasificación de "viejas o nuevas guerras", consideramos que la paz y el orden son las funciones más importantes de toda comunidad y por lo tanto el derecho internacional viene a jugar un rol articulador esencial como mecanismo de resolución de conflictos. Peo evidentemente eso no basta, la libertad de opinión pública, en el caso de que sea efectiva en todos los países, constituye el baluarte decisivo de la paz internacional[47].

Es que mientras subsista el peligro de un ataque por sorpresa con bombas atómicas o bien químicas o biológicas, podría dejar a gran parte de una población sin posibilidad de defenderse y de subsistir, y por lo tanto existen fuertes razones para la creación de sistemas regionales de defensa que articulen con un sistema de seguridad colectivo a nivel internacional (Léase Organización de las Naciones Unidas u organismo que la suceda).

---

43 Cfr. MARTINS, Marìa Elena, Fronteiras Culturais, Brasil, Uruguay, Argentina, Ateliè editorial e à Secretaría de Cultura de Porto Alegre, São Paulo, 2002, pàg.230 y ss.

44 DOMINGUEZ, Jorge I., *Conflictos territoriales y limítrofes en América Latina y El Caribe*, Siglo XXI Editores, 2000, pág.21.

45 Cfr. KALDOR, M.*, Las Nuevas Guerras, La violencia organizada en la era global*, Tusquets ,Editores, Madrid, 2001, pág.16.

46 Cfr.KALDOR, M., Op.Cit., pág.17.

47 Cfr. MESSNER, Johannes, *Ëtica Social, Política y Económica a la Luz del Derecho Natural*, Rialp Ed., Madrid, 1967, pág.771. - El referido autor también destaca que "…no hay más que una sola garantía segura de la efectividad de un control internacional de armamentos: la general existencia de una opinión pública libre, tanto en el orden interior como en el internacional." Ibidem.

Por ello, reflotar la tesis de que los Estados sólos no pueden resolver los nuevos conflictos, necesitando la creación de sistemas de seguridad tanto colectivas como cooperativas para el uso de la fuerza, resulta casi imprescindible. En tal sentido, como sostuvimos *supra*, la aparición de países por fuera del tradicional eje este-oeste como ser China, Brasil[48], India y según un reconocido pensador brasileño, también Sudáfrica[49], pueden darnos alguna esperanza alentadora en cuanto al mantenimiento de un orden público internacional más justo.

Como contrapartida, si no se generan sistemas eficaces de control y destrucción de armamento equitativos, la esperanza de construir un mundo más justo se desdibuja día a día; nótese el misil que ha sido probado recientemente por los rusos puede ser visto tanto como un límite a la hegemonía de Washington cuanto una interminable carrera armamentista en el futuro[50].

En relación al referido ensayo de misiles por parte de Rusia, algunos estrategas sostienen que ha sido interpretado como un desafío directo al controvertido plan de los Estados Unidos de despliegue del escudo norteamericano en Europa, convirtiendo al viejo continente – según el actual presidente ruso Vladimir Putin- en un verdadero polvorín[51] .

Es que la Rusia de Putin se re-articula con la economía mundial utilizando –además de los métodos arriba descriptos- su arma principal que es su gran reserva petrolífera y gasífera.

Al respecto, un sector de la doctrina económica sostiene que el actual presidente Putin, prepara una suerte de (OPEP) del gas al aliarse con los productores de gas de la región geopolítica de la antigua Unión Soviética que Rusia busca reorganizar bajo su hegemonía[52].

Resulta interesante hacer referencia a este punto para observar cómo estos fenómenos forman parte de un reordenamiento estratégico mundial en el cual pesa mucho la ampliación de la demanda china para asegurarse el abastecimiento de su notable crecimiento económico. En efecto, un punto de especial interés es la cooperación entre China y Rusia vista por algunos como uno de los elementos claves de esta nueva fase del sistema económico mundial y que el liderazgo ruso viene percibiendo desde hace un tiempo[53].

IV. Prognosis conclusiva:

Si bien entendemos, que así como el derecho debe apuntar siempre a reafirmar el valor justicia, estos sistemas de defensa regionales basados en los principios de la Carta de las Naciones Unidas, deben apuntar a brindar mayor seguridad a sus ciudadanos como ideal de toda sociedad organizada que se asiente en principios fundamentales de derecho.

En tal sentido, los sistemas de seguridad colectiva como techo o "garantía residual"[54] de los de tipo cooperativo vienen a jugar un papel importantísimo desde el punto de vista estratégico,

48 Brasil estaría cerca de ser socio estratégico de la Unión Europea, lo cual sería un acuerdo por fuera del MERCOSUR, esto indica – de concretarse- la importancia a escala global del referido país. Cfr.Diario La Naciòn, "Brasil, cerca de ser socio estratégico de la UE", jueves 31 de Mayo de 2007, pág. 2.

49 Cfr. DOS SANTOS, Theotonio, "¿ A dónde va el Capitalismo?", www.clacso.org.ar/difusion/institucional/asuntos-institucionales-y-jurìdicos/opiniòn.html, pàg. 3, 6/7/06. El autor de referencia sostiene que Sudáfrica debe estar dentro de los BRICS ya que tendrá que liderar un continente que tendrá más de mil millones de habitantes en los próximos 30 años. Ibídem.

50 Cfr. "Un Nuevo Misil Ruso desafia a Estados Unidos", Diario La Nación, 30/5/07, pág. 2.

51 "Un Nuevo Misil ruso desafia Estados Unidos", op.cit. ibìdem.

52 Cfr. DOS SANTOS, Theotonio, op. cit. pàg. 2.

53 Cfr. DOS SANTOS, Theotonio, Op.Cit., passim. De las clases de geopolítica en la Maestría de Defensa Nacional de la Escuela de Defensa de la República Argentina, el profesor Lic. Koutoudjian sostenía la estrategia "anaconda" desarrollada básicamente por Estados Unidos para contener a Rusia, con lo cual la contención soviética inaugurada por la Guerra Fría aún continúa ya que la misma - según el profesor Dos Santos de la Universidad Fluminense de Río de Janeiro - no era una estrategia ideológica sino geopolítica. Cfr. DOS SANTOS, T., Op.Cit.,ibídem.

54 Cfr. CARTER a., PERRY W. y STEINBRUNER, J., Op.Cit., pág.8

máxime teniendo en cuenta los juegos geopolíticos de las grandes potencias en el tablero mundial *ut-supra* expuestos.

Así como hemos expuesto posibles escenarios de integración regional en las áreas de producción para la defensa, no proliferación y ejercicios militares combinados, no debemos descontar la posible integración en materia de justicia y derechos humanos.

En efecto, sin desmerecer la idea de la creación de tribunales comunitarios como la Corte Europea de Derechos Humanos, no menos cierto es que se podrían intercambiar experiencias entre los distintos tribunales nacionales que abarcan la problemática cívico-militar de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en general. Un primer avance podría ser a través de la organización de seminarios donde se exponga las experiencias y la perspectiva internacional en la materia. Un punto de interés compartido podría ser la promoción de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario en todos los organismos del estado vinculados a la seguridad y la defensa en general[55].

Una cuestión a considerar es el intercambio en materia de organismos de contralor como ser auditorías, sindicaturas, observatorios de la cuestión, etc. Podría crearse la figura del *ombudsman de la defensa* o "defensor del pueblo" para canalizar los posibles reclamos de la población, en temas de transparencia, aplicación de normas internacionales o nacionales, o cualquier otro tema relacionado con lo que actualmente se denomina "accountability social" es decir, generar mecanismos de control y acceso ciudadano a cuestiones públicas tan sensibles como las de defensa.

Y ya en el aspecto estrictamente jurídico – legislativo a nivel comunitario, a los efectos de consolidar el proceso de integración, deberá tenerse en cuenta que las normas generadas por los órganos del MERCOSUR deben ser obligatorias para los Estados Partes.

En efecto, un tema no menor es tener en cuenta la fecha exacta de entrada en vigencia de las normas regionales y su correcta incorporación al derecho nacional, ya que constituyen dos pilares fundamentales para la construcción de un espacio integrado donde la regla de derecho logre imponerse, como garantía de defensa de los derechos de los particulares[56].

Así, algunos autores sostienen que el sistema del Protocolo de Ouro Preto (POP) requiere ser revisado y modificado cuanto antes a fin de implementar el efecto inmediato de las normas del MERCOSUR en el derecho interno, lo cual se lo estaría materializando a través de la derogación de las Decisiones CMC Nº. 23/00, 22/00 y en lo que corresponda de la Decisión CMC Nº. 20/02[57].

Un punto de especial interés es destacar – en consonancia con relevante doctrina nacional en la materia - que en los textos constitucionales de los países miembros del MERCOSUR y de la región en general, la cuestión de defensa y Fuerzas Armadas no son tratados de la misma manera, son los casos por ejemplo de Argentina, Chile y Perú con Libro Blanco donde se expresan las principales líneas de acción política en materia de defensa, no se repite en los restantes casos;

---

55 Se destaca el Proyecto de reforma del Sistema de Justicia Militar cuyo proyecto de Ley se encuentra a consideración del Poder Legislativo Nacional como Ley de la Nación, por el cual "…en términos generales implica: a) Eliminación del fuero militar para el juzgamiento de delitos cometidos por integrantes de las Fuerzas Armadas, los que en adelante serán juzgados en condiciones de igualdad a las de los demás ciudadanos; b) Eliminación de los delitos que no afectan a terceros por tratarse de conductas propias de la esfera íntima y de la autonomía individual; c) la previsión de conductas tales como el acoso sexual y el hostigamiento disciplinario como faltas graves; d) Eliminación de la pena de muerte del ordenamiento jurídico argentino; e) Rediseño completo del sistema disciplinario equilibrando necesidades, limitando oportunidades para la arbitrariedad y fortaleciendo la vigencia del debido proceso." (Sic.) Ministerio de Defensa, Presidencia de la Nación, "La Modernización del Sector Defensa - Caracteres y Fundamentos del Modelo Argentino-2007", pág. 19.

56 Cfr. PEROTTI, Alejandro Daniel, "MERCOSUR: proceso legislativo. Sobre algunos inconvenientes que presenta el mecanismo de internalización", (Pendiente de publicación en Revista de Derecho Privado y Comunitario, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2007 y por la Organización de Estados Americanos) pág. 28

57 Cfr. PEROTTI, A.D., Op. Cit., ibídem

mientras Brasil dispone de una Política de Defensa Nacional, en Venezuela las principales referencias se encuentran en su ley fundamental, lo que no es el caso de México, donde la costumbre y prácticas articuladas en su cultura política viene a suplir algunas herramientas normativas[58].

Sin embargo, consideramos que aún pueden vertebrarse políticas conjuntas en materia de defensa a nivel regional, entendiéndola a ésta como in instrumento al servicio de la paz.

Y es con una gran marcha hacia el oeste[59] como decía Cassiano Ricardo y le agregamos, hacia el sur para unir las dos escuelas geopolíticas, que nos vamos a encontrar brasileños, paraguayos, venezolanos, uruguayos, chilenos, bolivianos y argentinos para articular políticas conjuntas hacia el futuro. En materia geopolítica sería como la "evolución de la continuidad" es decir, conjugar los principales enfoques desde temáticas tradicionales (Vgr. Amazonia, Atlántico sur, Brasil y Argentina, polìtica y estrategia de ordenamiento territorial y la nueva temática del binomio "globalización/mundialización").[60]

En suma, una de las propuestas es crear, dentro de la estructura del MERCOSUR, la Reunión Especializada de Defensa, que consideramos viable y muy sencillo de implementar en la práctica, ya que no se requiere ni de ley del parlamento ni de Decreto del Poder Ejecutivo Nacional, ya que es un simple trámite administrativo hacia la interna del MERCOSUR.

Imaginamos, en sustento de lo anteriormente expuesto, que este mecanismo integrado facilitará la articulación de temas que atañen a la defensa que se irían ampliando a otros de acuerdo a las necesidades de cada país. Por ejemplo una cuestión puede ser tratada y compartida por todos los miembros del MERCOSUR o no, de acuerdo a su política nacional en la materia. Incluso podrán existir temas que se acuerden entre dos países miembros o más, todos los Estados miembros estarán notificados de ese acuerdo en determinada área de la defensa en el ámbito mercosureano.

Y volviendo al tema del orden público y la defensa, consideramos que así como el derecho debe apuntar siempre a reafirmar el valor justicia, estos sistemas de defensa regionales basados en los principios de la Carta de las Naciones Unidas, deben apuntar a brindar mayor seguridad a sus ciudadanos como ideal de toda sociedad organizada que se asiente en principios fundamentales de derecho.

En tal sentido, los sistemas de seguridad colectiva como techo o "garantía residual"[61] de los de tipo cooperativo vienen a jugar un papel importantísimo desde el punto de vista estratégico, máxime teniendo en cuenta los juegos geopolíticos de las grandes potencias en el tablero mundial *ut-supra* expuestos.

Es que en definitiva, la conceptualización de la Defensa viene a jugar un rol subsidiario articulador de todas las cuestiones esenciales del quehacer nacional que integran o componen la noción de orden público hasta aquí desarrollado – sea éste interno o internacional.

En consecuencia, no se deberán desconocer en tal sentido, perspectivas jurídicas, políticas, económicas, filosóficas e internacionales concernidas en la noción de Orden Público para aplicarlos a

---

58 Cfr. LAIÑO, A., "El Intercambio entre diversas escuelas doctrinarias. Una Aproximación al Debate Teórico de la Defensa", Revista de la Defensa Nacional, Publicación del Ministerio de Defensa - República Argentina - Nº. 1, Buenos Aires, 2007, pág.74.

59 "Marcha para el oeste" significaba en ese entonces, todo aquello que revelaba la primacía de las políticas de transportes y de comunicaciones de cariz continental. Cfr. COSTA FREITAS, Op.Cit., pág. 65.

60 Cfr. COSTA FREITAS, J., Op.Cit., pág.128. En relación a la globalización actual el teólogo Frei Betto sostiene que la circunstancia de que el planeta se haya transformado en una aldea, no significa que debamos aceptar una globalización que signifique la imposición de un modelo culturalizado, con un único paradigma de comportamiento, lo que denomina como globocolonización. Cfr. BETTO, frei, *O Desafio Etico*, garamond , 1ra. ed, Río de Janeiro, 2001, pág. 39 (la interpretación del portugués me pertenece)

61 Cfr. CARTER a., PERRY W. y STEINBRUNER, J., Op.Cit., pàg.8

la problemática de la DEFENSA NACIONAL, elemento este último que entendemos mudable y transversal[62], pero con los límites fijados en los principios de orden público vertidos en el presente.

Por lo tanto, dotar a la región sudamericana de mecanismos apropiados de intercambio en materia de Defensa, desde el intercambio académico pasando por el seguimiento de los proyecto conjuntos presentados para integrar la región sea en cuestiones de ejercicios combinados, conjuntos, en materia jurisprudencial, iniciativas vinculadas con fortalecer instituciones de este espacio territorial, hasta la exploración y explotación de los recursos energéticos en el marco general de protección del medio ambiente y de seguridad humana en general, contribuirá a mejorar la integración del cono sur y a construir consensos en temas tan importantes como los descriptos en esta pequeña reflexión.

Fuentes consultadas

ALBERTI, Giorgio, LLENDOROZAS, Elsa y Julio Pinto (Comp.), *Instituciones, Democracia e Integración Regional en el MERCOSUR*, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2006.

ALFONSIN, Raúl, "EL MERCOSUR nació para provecho de nuestros pueblos y de la Región" Diario Clarín, 30 noviembre de 2005.

BARTOLOMÉ, Mariano, *La Seguridad Internacional Post-11s*, Instituto de Publicaciones Navales, Buenos Aires, 2006, pàg. 69.

BAUMAN Zygmunt, *Modernidad Líquida*, Efe, México, 2002.

BETTO, frei, *O Desafio Etico*, Garamond , 1ª. ed, Río de Janeiro, 2001.

CARTER, Ashton, PERRY, William, STEINBRUNER J., "A New Concept of Cooperative Security, The Brooking Inst.", Washington D.C, 2003.

COSTA FREITAS Jorde Manuel do, *A Escola Geopolítica Brasileira*, Biblioteca do Exército, ed. Primeira, Río de Janeiro, 2004.

DOMINGUEZ, Jorge I., "Conflictos Territoriales y limítrofes en América Latina y el Caribe" en *Conflictos Territoriales y Democracia en América Latina*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores.

DOS SANTOS, Theotonio, "¿A dónde va el Capitalismo?", w.ww.clacso.org.ar/difusion/institucional/asuntos-institucionales-y-jurìdicos/opiniòn.html, pàg.3, página visitada el 6/7/06.

FERNÁNDEZ Sebastián, "La Cultura como Factor de Poder de un Estado" Programa de estudios en Defensa & Seguridad, www.caei.com.ar, página visitada el 19/9/07.

FREIRE, Juan, "Brasil, país de código abierto", ttp://nomada.blogs.com/jfreire/2004/11/brasil.html, página visitada el 5/6/07.

FRISCHKNECHT, F., LANZARINI, M, y otros, ESTRATEGIA, Lògica, Teoría y Pràctica, Escuela de Guerra Naval, Buenos Aires, 1994.

[62] Decimos que el término Defensa es transversal porque relaciona a todas las cuestiones del Poder Nacional, incluso las de índole cultural. Un trabajo interesante en tal sentido es el realizado por el Lic. Sebastián Fernández "La Cultura como Factor de Poder de un Estado" Programa de estudios en Defensa & Seguridad, www.caei.com.ar, página visitada el 1/6/07.

GORBACHOV, M.,"Hacia un Contrapeso a Washington", diario La Nación, Miércoles 30 de Mayo de 2007.

JAGUARIBE, Helio, "AFAN DE SUMAR, XV CUMBRE IBEROAMERICANA DE JEFES DE ESTADO Y DE GOBIERNO", Salamanca, 2005, España, Suplemento Diario Clarín, Buenos Aires, Argentina.

KALDOR, M., *Las Nuevas Guerras, La violencia organizada en la era global*, Tusquets, Editores, Madrid, 2001.

KOUTOUDJIAN, Adolfo, *Pacto de Defensa y Seguridad del Cono Sur*, en STANGANELLI Isabel, Comp., *Seguridad y Defensa en el Cono Sur*, Editora Andina Sur, Mendoza, 2004.

KLARE, Michael, *Guerra por los Recursos*, edit. Urano, Edic. 2003, Barcelona, pàg. 37.

LAIÑO, A., "El Intercambio entre diversas escuelas doctrinarias. Una Aproximación al Debate Teórico de la Defensa", Revista de la Defensa Nacional, Publicación del Ministerio de Defensa -República Argentina- Nº. 1, Buenos Aires, 2007.

LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, Tomo I, Buenos Aires, 1968.

MARTINS, María Helena (organizadora), *Fronteras Culturais*, Ateliê editorial, Porto Alegre,2002.

MESSNER, Johannes, *Ëtica Social, Política y Económica a la Luz del Derecho Natural*, Rialp Ed., Madrid, 1967.

MINISTERIO DE DEFENSA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, "La Modernización del Sector Defensa, Caracteres y fundamentos del Modelo Argentino" , Buenos Aires, 2007.

PERÓN, Juan Domingo, Discurso efectuado en la Escuela de Guerra Nacional - actual Escuela de Defensa, en 1953, Biblioteca de la Escuela de Defensa de la República Argentina, Buenos Aires, 2007.

PEROTTI, Alejandro Daniel, "MERCOSUR: proceso legislativo. Sobre algunos inconvenientes que presenta el mecanismo de internalización", (Pendiente de publicación en Revista de Derecho Privado y Comunitario, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2007 y por la Organización de Estados Americanos).

RAPOPORT, Mario, CERVO AMADO, Luiz, *El Cono Sur, Una historia común*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2001.

RIBEIRO, Darcy, *As Américas e a Civilização*, Editora Vozes Ltda., Petrópolis (RJ), 1977.

RIBEIRO OLIVEIRA, Fábio, "O Imperio e os Novos Bàrbaros" Um analise sobre o livro do Jean-Christophe Rufin, http/br.geocities.com/revistacriacao2001/barbaros.htm, pàgina visitada el 16/5/2007.

La cooperación penal internacional en el Mercosur

Berta Feder*

Sumário: I. INTRODUCCIÓN. I.A. *El enfoque en el MERCOSUR.* I.B. *La Reunión de Ministros de Justicia del MERCOSUR y el contexto normativo: cooperación judicial, Determinación de jurisdicción, responsabilidad, solución de controversias entre particulares* I.C. *Régimen de la extradición.* I.C.1. MERCOSUR y ámbito internacional, en especial la UE. I.C.2. Disposiciones sobre extradición en tratados con otro objeto específico. II. EL ACUERDO DE EXTRADICIÓN DEL MERCOSUR. II.A. *Antecedentes.* II.B. *Las principales soluciones.* II.B.1. El preámbulo II.B.2. Una esmerada estructura formal: el tríptico esencial (procedencia, improcedencia y denegación facultativa). II.B.2.a. Los fundamentos de la procedencia: jurisdicción, doble incriminación y pena. II.B.2.b. La improcedencia .II.B.2.b.i. Excepciones, delitos políticos y terrorismo. *La influencia europea de las últimas décadas. Las soluciones del Acuerdo* II.B.2.b.ii. Cosa juzgada, tribunales *ad hoc,* amnistía. II.B.2.b.iii. Los menores. II.B.2.c. La denegación facultativa: La nacionalidad y las actuaciones en curso por los mismos hechos. II.B.2.c.i. La nacionalidad: *se prevé una carga adicional cuando no se extradita.* II.B.2.c.ii. Actuaciones en curso por los mismos hechos. II.B.3. Los límites a la extradición: pena de muerte o privativa de libertad a perpetuidad, la especialidad, reextradición a un tercer Estado. II.B.3.a. La pena de muerte y la prisión perpetua: *el Acuerdo establece una doble garantía.* II.B.3.b. El principio de la especialidad. II.B.3.c. La reextradición. II.B.4. El procedimiento.II.B.4.a. La decisión. II.B.4.b. Aplazamiento de la entrega por un proceso local y su excepción. II.B.4.c. Extradición simplificada o voluntaria. II.B.4.d. Detención preventiva. II.B.5. Otras previsiones. Orden público.III. LA ASISTENCIA JURÍDICA INTERNACIONAL EN ASUNTOS PENALES EN EL MERCOSUR; IV. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

El propósito del presente es enfocar los términos de la cooperación penal internacional en las relaciones entre los Estados Partes del MERCOSUR o, en su caso entre éstos y sus asociados[1], en el marco de los tratados celebrados en este ámbito.

Se entiende la citada cooperación en sentido amplio, comprensiva de la asistencia jurídica interestatal y de la extradición, aunque por razones de espacio el comentario principal se referirá a esta última y se hará sólo una somera mención a la primera.

Además, por las mismas razones, no será posible acometer un tratamiento exhaustivo de los institutos, sino más bien señalar la perspectiva general y las soluciones fundamentales de los textos aprobados en los países del MERCOSUR, en algunos casos junto a sus asociados.

En especial en relación a la extradición, se hará hincapié, cuando parezca pertinente, además del propio texto, en antecedentes vinculados a la filosofía de este tipo de tratados, así como a la *ratio* de algunas disposiciones. De donde surgirá un implícito cotejo con los enfoques europeos más recientes, desconocidos en nuestra regulación. Unos y otros, los de los Estados partes del MERCOSUR y los de la Unión Europea (UE), cada uno a su modo, implican un exponente del desarrollo progresivo del derecho internacional de la cooperación penal internacional en la respectiva región.

* Directora de la Dirección de Asuntos de Derecho Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores de Uruguay. Profesora de Derecho Internacional Privado y de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República de Montevideo, Uruguay. Asesora de la Dirección General de Integración y Mercosur del Ministerio de Relaciones Exteriores. Coordinadora nacional del SGT2 (subgrupo de Asuntos Institucionales) y de la Reunión Técnica de la Normativa del Mercosur. Negociadora de los tratados de cooperación penal que aquí se comentan en calidad de integrante de la Comisión Técnica de la Reunión de Ministros de Justicia del Mercosur. Integrante del Grupo de Alto Nivel negociador del Protocolo de Olivos y de su reglamentación sobre Solución de Controversias entre los Estados Partes del Mercosur. bertafeder@gmail.com

[1] Durante la negociación y en el momento de la suscripción de los Acuerdos que se comentan en este trabajo, el Mercosur estaba integrado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay y sus Estados asociados eran Bolivia y Chile. En el presente, los Estados Partes del Mercosur son los mismos, Venezuela se encuentra en proceso de adhesión y ha aumentado el número de Estados asociados.

I.A El enfoque en el MERCOSUR

Como es evidente, en lo que hace al MERCOSUR, los tratados de cooperación penal internacional y de extradición carecen de relación o parentesco alguno con el plano económico financiero en el que se radica la unión aduanera, aún incompleta, nivel actual de integración del MERCOSUR. Recordemos que pese a la designación del espacio integrado como Mercado Común del Sur, a la que responde aquella sigla, éste aún está lejos de la etapa contenida en su denominación.

No obstante y pese a dispares opiniones en cuanto a la pertinencia de esta profundización normativa en el ámbito de una unión aduanera, es innegable que se ha generado una profusión de estratos de interrelaciones que exceden la estricta proyección económica. Estos se multiplican en función de los crecientes vínculos entre los gobiernos y entre los particulares de los países miembros, en virtud y como fruto de la integración.

Como también es evidente, estos variados desenvolvimientos requieren disposiciones ordenadoras de carácter internacional-regional que le sirvan de marco y fundamento.

Esta dinámica, que en realidad trasciende la previsión original de los negociadores de los instrumentos jurídicos básicos del espacio integrado, ha sido cuidadosamente organizada y estructurada de acuerdo a niveles y materias.

I.B La Reunión de Ministros de Justicia del MERCOSUR y el contexto normativo: cooperación judicial, determinación de jurisdicción, responsabilidad, solución de controversias entre particulares

El área objeto del presente se vincula a la labor de las Reuniones de Ministros del MERCOSUR, en especial la de Ministros de Justicia, que se creó por Decisión Nº 8 del Consejo del Mercado Común (CMC) en la cumbre de Brasilia en diciembre de 1991, con el objeto de propiciar el estudio y la armonización de políticas o, en su caso, la formulación de normas tendientes a facilitar y agilizar la prestación de justicia –en equilibrio con la certeza que caracteriza a los sistemas jurídicos de los Estados Partes– mediante la proyección de un marco jurídico que estructure e incentive la cooperación interestatal en sus distintas facetas.s.

Una Comisión Técnica especializada efectuó los estudios y los trabajos y elaboró los proyectos de instrumentos jurídicos, en cumplimiento de la agenda dispuesta por los Ministros.

Numerosos acuerdos fueron aprobados hasta el presente en este ámbito de negociación, en cuatro sectores que se estimaron prioritarios:

a) la **cooperación** judicial interestatal,

b) la determinación de **jurisdicción** internacional,

c) la **responsabilidad** extracontractual en materia de accidentes de tránsito y

d) la **solución de controversias** privadas mediante el arbitraje.

a) En el área de la **cooperación judicial interestatal**, se celebraron el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial Laboral y Administrativa[2]; el Protocolo de Medidas Cautelares[3]; el *Protocolo*[4] *de Asistencia Jurídica Mutua en*

---

[2] *Firmado en la II Reunión de Ministros de Justicia del Mercosur, Puerto Iguazú, República Argentina, el 22-5-92; aprobado por Decisión CMC Nº 5/92, en la Reunión de las Leñas, República Argentina (27-7-92); aprobado por Ley Nº 16.971, de 15-6-98; en vigor desde el 17-3-96.*

[3] *Firmado en la IV Reunión de Ministros de Justicia del Mercosur, Brasilia, República Federativa del Brasil, el 7-12-94.; aprobado por Decisión CMC Nº 27/94, en la Reunión de Ouro Preto, Brasil(16-12-94); aprobado por Ley Nº 16.930 (20-4-98); en vigor desde el 13-4-96.*

[4] Destacado nuestro de los dos tratados a los que refiere este trabajo, con en especial acento en el acuerdo de extradición.

Asuntos Penales[5]; el Acuerdo Complementario al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial Laboral y Administrativa[6]; el Acuerdo Complementario al Protocolo de Medidas Cautelares[7]; el *Acuerdo sobre Extradición*[8]; el Acuerdo sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Parte del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile[9]; Enmiendas al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Parte del MERCOSUR[10]; el Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas de los Estados Partes del MERCOSUR y por separado, el Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas de los Estados Partes del MERCOSUR, con la República de Bolivia y la República de Chile"[11]; Protocolo Sobre Traslado de Personas Sujetas a Regímenes Especiales, complementario del anterior[12].

b) En materia de determinación de jurisdicción se celebraron sendos convenios, el Protocolo sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual[13], el Protocolo sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo[14] y el Acuerdo sobre Jurisdicción en materia de contrato de transporte internacional de carga entre los Estados Parte del MERCOSUR y, por separado, entre éstos y Bolivia y Chile[15].

c) En relación a la responsabilidad extracontractual se acordó el Protocolo en materia de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Transito[16]; y

d) en materia de solución de controversias entre particulares, el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR[17].

I.C Régimen de la extradición

I.C.1 MERCOSUR y ámbito internacional, en especial la UE.

Sin perjuicio de los acuerdos regionales, las relaciones de extradición entre los Estados se contempla a nivel mundial en un marco primordial de tratados bilaterales – las relaciones de extradición son bilaterales – algunos de ellos considerablemente antiguos, en los que era común la inclusión de listas de delitos.

---

5 *Firmado en la V Reunión de Ministros de Justicia del Mercosur, Buenos Aires, República Argentina, el 12-6-96; aprobado por Decisión CMC Nº 02/96, Reunión de San Luis, República Argentina (25-696).*

6 *Firmado en la VII Reunión de Ministros de Justicia del Mercosur, Asunción, Paraguay, el 14-6-97; aprobado por Decisión del CMC nº 05/97, Reunión de Asunción, Paraguay (9-6-97).*

7 *Firmado en la VIII Reunión de Ministros de Justicia del Mercosur, Montevideo, Uruguay, el 28-11-97. Aprobado por Decisión del CMC Nº 09/97, Reunión de Montevideo (15-12-97).*

8 *Firmado en la X Reunión de Ministros de Justicia del Mercosur, Brasilia, República Federativa del Brasil, el 20-11-98; aprobado por Decisión CMC Nº 14-98 , Reunión de Río de Janeiro, Brasil (10-12-98).*

9 *Firmado en la XI Reunión de Ministros de Justicia del Mercosur, Buenos Aires, República Argentina, el 5-07-02.*

10 *Aprobadas en la XI Reunión de Ministros de Justicia del Mercosur, Buenos Aires, República Argentina, el 5-07-02.*

11 *Aprobado en Belo Horizonte, Brasil, por Decisión CMC Nº 34-03*

12 *Aprobado en Asunción, Paraguay, por Decisión CMC Nº 13/0519/VI/05*

13 *Firmado en la III Reunión de Ministros de Justicia del Mercosur, Buenos Aires, República Argentina, el 6-4-94; aprobado por Decisión CMC Nº 1/94, Reunión de Buenos Aires, Argentina (5-8-94). En vigor desde el 6-6-96.*

14 *Firmado en la VI Reunión de Ministros de Justicia del Mercosur, Santa María, República Federativa del Brasil, el 22-11-96; aprobado por Decisión del CMC Nº 10/96, Reunión de Fortaleza, Brasil (16-12-96).*

15 *Firmado en la XI Reunión de Ministros de Justicia del Mercosur, Buenos Aires, República Argentina, el 5-07-02*

16 *Firmado en la V Reunión de Ministros de Justicia del Mercosur, Buenos Aires, República Argentina, el 12-6-96; aprobado por Ley Nº 17.050, de 14-12-98; aprobado por Decisión CMC Nº 01/96, Reunión de San Luis, República Argentina (25-6-96).*

17 *Firmado en la IX Reunión de Ministros de Justicia del Mercosur, Buenos Aires, República Argentina, el 12-6-98; aprobado por Decisión CMC Nº 3/98, Reunión de Buenos Aires-Ushuaia, República Argentina (23-7-98).*

En los países del MERCOSUR se tendió a obtener textos armónicos con la moderna evolución del instituto, teniendo en cuenta las nuevas modalidades de la criminalidad nacional e internacional al momento de su celebración. De esta filosofía se nutre el Acuerdo del MERCOSUR, en el que se advierte una adecuada sistematización técnico normativa, de modo de facilitar la interpretación y la aplicación de las normas por parte de las autoridades competentes.

Esta concepción implica un avance en relación a los tratados más antiguos los que, con la pretensión de dotar de mayor certeza a la relación bilateral, por lo general admitían la extradición en relación a delitos contenidos en una lista dada y no de otros. Nóminas limitadas que se tornan obsoletas por la evolución, pues se tipifican nuevas figuras delictivas y algunas conductas penalizadas caen en correlativo desuso.

Los nuevos convenios se apartan acertadamente de este mecanismo y adoptan el criterio de la gravedad de la pena. En consecuencia, conductas o modalidades imprevisibles en el momento de la negociación quedarán incorporadas *ipso jure*, siempre que se cumpla con los demás requisitos exigidos. Ello determina que el tratado jamás "envejezca". Los delitos supervinientes, pues – como el narcotráfico o los delitos informáticos desde la perspectiva de décadas pasadas – quedarían tácita pero ciertamente comprendidos.

En los Estados partes del MERCOSUR se advierte un entrecruzamiento de tratados bilaterales que responden a técnicas legislativas y a políticas diversas, armónicas en cada caso con el momento histórico de su celebración. En la región, el precitado proceso de actualización sólo se materializó de modo relativo, en tanto para algunos países continuaban rigiendo, al momento de la celebración del Acuerdo que se comenta, los antiguos tratados de Montevideo de 1889 o 1940.

Dada la escasa convocatoria de la Convención Interamericana de Caracas de 1981[18], el Acuerdo del MERCOSUR constituye el único tratado regional moderno del continente, al estilo de la regulación que en este terreno se observaba en los países europeos al momento de su negociación.

Desde otro ángulo, este Acuerdo es parte de un verdadero sistema en materia de cooperación jurídico judicial en el MERCOSUR, pues en cuatro instrumentos fueron celebrados, como se señalara *supra*, un tratado en materia de cooperación civil, comercial, laboral y administrativa, un tratado de cooperación cautelar, otro de cooperación penal y finalmente el de extradición; de los cuales se analizarán estos dos últimos – con mayor profundidad el de extradición y con una breve reseña el de asistencia jurídica.

La similitud de sistemas jurídicos y el ámbito relativamente reducido de negociación – cuatro o seis países según el caso – facilitaron la concreción de políticas legislativas comunes a la región, sin desatender la evolución global, en algunos terrenos categórica en los últimos años, en especial en relación al tratamiento del delito político y del terrorismo, lo que influyó en el texto adoptado.

Las tendencias y la regulación de la UE influyeron en las soluciones adoptadas. No obstante, reformas más recientes de la UE se distancian considerablemente del régimen del MERCOSUR, en tanto implican procedimientos por los que el pedido se resuelve en la entrega del reclamado, obviando el procedimiento tradicional de extradición.

En efecto, en noviembre de 2000, Europa fue testigo de un nuevo eslabón que es parte de un indudable desarrollo progresivo en este escenario. En esa fecha, España e Italia dieron

[18] Son Parte de la Convención Antigua y Barbuda, Costa Rica, Ecuador, Panamá, Santa Lucía y Venezuela.

el primer paso para la creación de un espacio judicial europeo al suscribir un acuerdo que eliminó los procedimientos de extradición para los delitos más graves: terrorismo, crimen organizado, tráfico de estupefacientes, tráfico de seres humanos, abuso sexual contra menores y contrabando de armas. Una declaración tendiente a generalizar esta solución en relación al terrorismo fue realizada por el Consejo de Europa como consecuencia de los atentados del 11 de setiembre de 2001.

Posteriormente, la aprobación por la UE de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la **orden de detención europea** constituyó un hito copernicano. El nuevo régimen sustituiría los procedimientos de extradición precedentes, basado en la confianza recíproca entre los Estados de la Unión y en la necesidad de simplificar y agilizar los procedimientos. Ello implica que las autoridades nacionales reconocerán *ipso facto*, mediante controles mínimos, la solicitud de entrega de los demás países de la UE[19], con los consiguientes resultados de celeridad y eficacia.

Cabe aclarar que las referencias al régimen europeo en el presente trabajo **implican una referencia al régimen previo a esta última decisión** y a sus mecanismos. No sólo porque no pudo ser fuente de inspiración del Acuerdo del MERCOSUR, dado que esa norma no existía en la época de su gestación, sino porque hasta el presente no se ha considerado ese grado de profundización en la cooperación penal de los Estados de la región. Debe tenerse presente que ya lo constituyó considerablemente la fuente de los tratados europeos y de otros ámbitos en la adopción de los más modernos criterios.

Desde otro ángulo, y como es obvio, desconocemos los términos de probables futuros desarrollos en el ámbito geográfico del MERCOSUR a la luz de esa evolución, así como sus términos o eventuales acercamientos a aquella regulación.

I.C.2 Disposiciones sobre extradición en tratados con otro objeto específico.

Las modernas modalidades de la delincuencia transnacional, incluidos el terrorismo y el narcotráfico, determinaron que la comunidad internacional tomara conciencia de que la extradición, como instrumento de cooperación interestatal, constituye en los hechos y en el derecho una herramienta vital para evitar la impunidad.

Como exponente de esta tendencia, diversas convenciones, en las que la trascendencia del bien jurídico tutelado justifica la más estrecha entreayuda entre los Estados –cuyo ámbito material refiere fundamentalmente a los actos de terrorismo, a los de corrupción, al narcotráfico, al tráfico de armamento o a la perpetración de crímenes gravísimos– contienen preceptos en los que, con diversos matices, se establece que esos tratados pueden considerarse base jurídica de extradición cuando no exista un tratado en vigor entre el eventual país requirente y el requerido.

Más aún, se ha entendido que estas disposiciones obvian el requisito de la doble incriminación cuando las conductas que fundan el pedido no están tipificadas como delito en ambos Estados, condición que se estimará cumplida si el Estado requirente y el requerido son Parte de los señalados tratados.

Entre otros, contienen normas con el alcance indicado:

---

[19] Se dispuso que la decisión marco sustituyera a partir del 1 de enero de 2004 los textos existentes en materia de extradición o las cláusulas de extradición en tratados sobre otras materias, entre ellos el Convenio europeo de extradición de 1957, el Convenio europeo para la represión del terrorismo de 1978, el Convenio sobre la extradición simplificada de 1995 y el de 1999 sobre simplificación de la transmisión de las solicitudes de extradición, el Convenio de 1996; No obstante, los Estados tienen la facultad de continuar aplicando y celebrar acuerdos que les resulten conveniente a efectos de la celeridad de los procedimientos.

En el ámbito interamericano, la *Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando estos tengan trascendencia internacional* (Washington, 2-2-71) artículo 7; la *Convención Interamericana contra la Corrupción,* (Caracas, 29-3-96) artículo XIII; la *Convención Interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados* (Washington, 11-14-97), artículo XIX. En el ámbito europeo, la *Convención Europea para la represión del terrorismo* (Estrasburgo, 27-1-77), artículo 4. Con alcance universal, la *Convención para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves* (La Haya, 16-12-70), artículo 8; el *Convenio sobre Sustancias sicotrópicas* (Viena, 21-2-71), artículo 22; la *Convención para la represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil* (Montreal, 23-9-71), artículo 8; la *Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos* (Nueva York, 14-12-73) artículo 8; la *Convención Única de 1961 sobre estupefacientes* (Nueva York, 31-10-75 -versión complementada con el Protocolo de 1972-), artículo 36; la a *Convención Internacional contra la toma de rehenes* (Nueva York, 18-12-79), artículo 10; la *Convención sobre la Protección física de los Materiales Nucleares,* (Viena, 3-3-80), artículo 11; la *Convención para la Represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima* (Roma, 10-3-88) artículo 11; la *Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas* (Viena, 19-12-88) artículo 6; el *Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas* (Nueva York, 12-1-98) art. 9.; el *Estatuto para la creación de una Corte Penal Internacional* (Roma, 17-7-98), artículos 89 a102[20]; la *Convención para la lucha contra la Corrupción de los Funcionarios Públicos extranjeros en sus transacciones comerciales internacionales,* aprobada en el ámbito de la OCDE (21-11- 97), artículo 10; la *Convención sobre el derecho penal de la corrupción* (Estrasburgo, 27-1-99), artículo 27; la *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, (Palermo, Italia, 2000)* artículos 13 y 16; la *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción,* (Mérida, 2003) artículo 44.

II. EL ACUERDO DE EXTRADICIÓN DEL MERCOSUR

II.A Antecedentes

La adopción de un régimen regional de extradición como materia de posible negociación fue manejada en diversas instancias de la actividad de la Reunión de Ministros de Justicia y de la Reunión de Ministros del Interior del MERCOSUR. Se estimó de interés y utilidad concretar respuestas normativas acordes a las nuevas modalidades de la delincuencia.

No obstante, recién durante el último semestre de 1998 se ciñeron las delegaciones a su tratamiento específico, con miras a la aprobación de un convenio cuyo ámbito espacial comprendiera los cuatro países del bloque integrado y sus asociados de aquel momento, Bolivia y Chile.

En dicha ronda, cuya sede correspondió a Brasil, la tarea se concentró primordialmente, a partir del 37º Encuentro de la Comisión Técnica de la Reunión de Ministros de Justicia (agosto de 1998) en la profundización del estudio de un proyecto de acuerdo de extradición, materia que se venía examinando desde tiempo atrás.

Se dio cumplimiento, con ello, a una de las áreas prioritarias de la Agenda acordada durante la IX Reunión de Ministros de Justicia del MERCOSUR (Buenos Aires, junio de 1998).

---

[20] *En este caso, dada la singular relación entre los Estados y la Corte, trátase de entrega y no de extradición en el sentido tradicional. Ambos mecanismos guardan, empero, simetría en lo sustancial, dado que tanto en uno como en otro se entrega al reclamado para permitir su juzgamiento en otro foro con jurisdicción en el caso.*

La inquietud y la conveniencia de contar con un régimen único en este terreno se había expresado asimismo de modo relevante en el seno de la Reunión de Ministros del Interior, la cual consideró oportuno delegar los trabajos en la Reunión de Ministros de Justicia por razones de especialidad técnica.

Finalmente, en Brasilia, el 20 de noviembre de 1998, durante la X Reunión de Ministros de Justicia del MERCOSUR, Bolivia y Chile, que tuvo lugar en forma conjunta con la Reunión de Ministros del Interior –habida cuenta de que en Brasil ambos Ministerios está unificados– se suscribió el Acuerdo sobre Extradición por los Ministros de los seis países.s.

En puridad en dicha ocasión, conforme a lo dispuesto por las Decisiones Nº 14/96 y la 12/97 del CMC[21] se suscribieron dos tratados de extradición de idéntico tenor en lo sustancial, uno vinculante de los países del MERCOSUR y el otro entre los cuatro Estados Partes, Bolivia y Chile. Posteriormente, uno y otro constituyeron, respectivamente, contenido de las Decisiones Nº 14/98 y 15/98 emanadas de la Reunión del CMC celebrada en Río de Janeiro, el 10 de diciembre de 1998.

A la fecha, el Acuerdo del MERCOSUR, suscrito en diciembre de 1998 en Río de Janeiro, está vigente entre Brasil, Paraguay y Uruguay, encontrándose en Argentina en proceso de aprobación parlamentaria. El Acuerdo entre los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile, suscrito en la misma fecha, rige entre Brasil, Paraguay, Uruguay y Bolivia.

Por ende, los indicados Estados, a los que se sumarán los futuros ratificantes, se vinculan por un único régimen de extradición, con lo cual se dará cumplimiento con creces al mandato de los instrumentos constitutivos del MERCOSUR, que disponen la compatibilización de las legislaciones nacionales. Aunque en el caso bajo examen se cumple este mandato de modo superlativo, en virtud de que el grado más absoluto de esa compatibilización es precisamente la regulación común.

II.B. Las principales soluciones

II.B.1. El preámbulo

El preámbulo vincula el Acuerdo a los instrumentos constitutivos del MERCOSUR –Tratado de Asunción y Protocolo de Ouro Preto– recordando que establecen el compromiso para los Estados Partes de armonizar sus legislaciones.

En este caso, la referencia a la "armonización" se realiza con el parámetro de lo que hemos dado en denominar "interpretación MERCOSUR" de la alocución, con la que con frecuencia se alude en las negociaciones a las soluciones recogidas en tratados o en instrumentos comunes de otra naturaleza. Cuando en sentido estricto armonizar significa compatibilizar, sincronizar, mitigar diferencias fundamentales, lo que sólo puede suceder en el plano de las legislaciones internas entre sí y no en un tratado, a menos que se pretenda armonizar un tratado respecto de otro.

En puridad, el acuerdo que se examina no tiene por finalidad armonizar sino, como todo tratado, establecer un régimen común y uniforme para las Partes, como acertadamente se señala en el párrafo cuarto del Preámbulo.

---

[21] *La primera de las citadas, denominada "Participación de terceros países asociados en Reuniones del Mercosur" establece, en el numeral 3º, que cuando se llegue a acuerdos en los foros de negociación, éstos deberán ser celebrados, en primera instancia, entre los países del Mercosur. Seguidamente, el mismo texto será suscrito entre el Mercosur y los demás países negociadores. La Decisión señalada en segundo término establece específicamente para Chile, en el artículo 5, un procedimiento equivalente al que se viene de describir.*

Asimismo, se destaca la necesidad de simplificar y agilizar la cooperación internacional, así como la importancia de contemplar dichas soluciones en instrumentos jurídicos de cooperación.

El séptimo párrafo evoca la singular relación axiológica entre los regímenes democráticos y los delitos políticos, con cuya formulación se pretende no desconocer la evolución legislativa internacional al momento de la negociación del Acuerdo, tendiente a limitar el escenario y el alcance de este tipo de conductas en conexión con la extradición.

En este sentido, es habitual que los tratados más modernos excluyan los actos terroristas del campo de los delitos políticos, así como otras conductas que justifican una protección especial. Esta evolución culminó en el tratado de la UE de 1996, según se examinará en el apartado correspondiente, con la erradicación del delito político como excepción a la extradición, solución que no se incorpora en el Acuerdo del MERCOSUR .

No obstante, como se señalara *supra*, la solución europea actual ha superado de modo radical los que eran calificables como "últimos desarrollos europeos" durante la negociación y a la fecha de la suscripción del Acuerdo.

Desde otro ángulo – y ello conlleva una especial apreciación del delito político– corresponde interpretar el señalado párrafo del Preámbulo en el marco más amplio que conforman por un lado el sistema interamericano y por el otro el l MERCOSUR, los que constituyen escenario de una revalorización de la democracia en lo político y en la regulación; el primero a partir de la Declaración de Santiago que fue, en este sector, un importante antecedente de la última reforma de la Carta de la OEA; el segundo, en un proceso que culminó en la cumbre de Ushuaia, en la que se acordó que el régimen democrático constituye condición esencial para la permanencia en el MERCOSUR de sus Estados Partes.

También es invocada la democracia en el Preámbulo del citado convenio europeo, en tanto allí se señala que los Estados miembros tienen un interés común en garantizar que los procedimientos de extradición funcionen de manera eficaz en la medida en que sus sistemas de gobierno se basan en principios democráticos.

II.B.2. Una esmerada estructura formal: el tríptico esencial (procedencia, improcedencia y denegación facultativa).

Como se señalara, sin perjuicio de la sustancia de lo acordado, se obtuvo una cuidadosa y racionalizada sistematización de las disposiciones, con el objeto de facilitar la interpretación y aplicación del texto por las autoridades intervinientes.

Las regulación se polariza en dos sectores fundamentales, el derecho material y el procesal.

El primero se organiza en torno a un tríptico esencial, que consiste en las normas reguladoras de la procedencia, las que prevén la improcedencia y, en un tercer capítulo, las que contemplan su denegación facultativa.

Por otro lado se establecen los límites, que se concretan en el tradicional principio de la especialidad, en las hipótesis de reextradición y en la previsión relativa a la existencia de la pena de muerte o de prisión perpetua en el orden jurídico del Estado requirente.

En lo atinente al derecho procesal, fueron previstas de modo pormenorizado las sucesivas etapas, comprensivas de la solicitud, los documentos que deben acompañarla y sus vías de transmisión, la información complementaria cuando corresponda, el proceso, la extradición simplificada, la decisión, la entrega, su eventual aplazamiento y la detención preventiva. Esta última, conforme a la solución habitual, podrá hacerse efectiva también por la INTERPOL. Se señala, empero, el plazo dentro del que deberá presentarse la solicitud de juez a juez en debida forma; si así no se hiciere, el detenido recuperará su libertad.

II.B.2.a Los fundamentos de la procedencia: jurisdicción, doble incriminación y pena

Tres son los supuestos por los que se puede solicitar válidamente la extradición: para iniciar el proceso, para responder a un proceso en curso o para la ejecución de una condena (artículo 1). Los dos primeros tienen especial significación para los Estados cuya constitución prohibe, como el caso de Uruguay, procesar en ausencia o rebeldía.

De conformidad con el artículo 2 se requiere la doble incriminación, sin perjuicio de la diversa denominación de los delitos en el Estado requirente y en el requerido, así como una pena privativa de libertad cuya duración máxima no sea inferior a dos años.

El párrafo 3 contempla la extradición accesoria en el supuesto de delitos diversos y conexos. Deberá respetarse la doble incriminación, aunque podrá procesarse aún por los delitos castigados con una pena menor a la dispuesta en el párrafo 1. De este modo no podrá el extraditado evadir las acciones penales por delitos menores y podrá ser procesado por todas las conductas por los tribunales del Estado requirente.

El artículo 3 establece uno de los requisitos esenciales para la procedencia de la extradición: que el Estado requirente tenga jurisdicción para conocer en los hechos que fundan la solicitud.

No obstante, las reglas para asumir jurisdicción son ajenas a los tratados de extradición. La determinación o la distribución internacional de la jurisdicción penal se prevé por lo general en el derecho interno o en normas internacionales. Como se indicara *supra*, cierta categoría de tratados contempla modalidades de asunción de competencia cuando disponen que podrán ser considerados como base de extradición en los supuestos en los que no exista un convenio en la materia entre el Estado requirente y requerido involucrados en el caso.

II.B.2.b La improcedencia

La improcedencia de la extradición se vincula a la modificación de la calificación del delito, a los delitos políticos, a los delitos militares, a la cosa juzgada, indulto, amnistía o gracia, a los tribunales de excepción o *ad hoc*, a la prescripción, a los menores. Comentaremos sólo algunos de ellos por los fundamentos que dimanan del propio análisis.

II.B.2.b.i Excepciones, delitos políticos y terrorismo.

La delimitación del delito político como excepción constituye uno de los sectores cruciales del Acuerdo. Se tuvo en cuenta la evolución en este dominio en el plano regional y bilateral, habiéndose operado empero una razonable adaptación del avance universal a la historia de la región, respetando su régimen jurídico y la idiosincrasia de sus países.

La preocupación de la comunidad internacional por la notoria evolución de la delincuencia transnacional organizada, que entre otras formas de criminalidad adopta modalidades terroristas, ha determinado la singular incidencia de este núcleo de conductas en la evaluación y la consiguiente determinación de las causales de procedencia – o improcedencia – de la extradiciónón

La influencia europea de las últimas décadas.

La *Convención Europea para la supresión del terrorismo* de Estrasburgo (1977) expresa en el Preámbulo el convencimiento de que la extradición es una medida particularmente efectiva para asegurar que quienes perpetren actos de terrorismo no escapen a la persecución y castigo.

Esta evocación preambular, erigida en postulado por el moderno derecho internacional de la extradición, tiene especial significación: pese a los eventuales fines políticos –o a su conexión con ellos–de quienes cometan actos de terrorismo, tales motivos o delitos no serán considerados de naturaleza política a los efectos de la extradición, la que no podrá ser denegada en base a tal calificación.

El profundo rechazo que en la comunidad internacional provoca este tipo de conductas determinó que la evolución del derecho positivo internacional en este sector innovara con una solución histórica: la *Convención de la Unión Europea sobre Extradición*, de 27 de setiembre de 1996, dispuso en su artículo 5 que "a efectos de la aplicación del presente Convenio, el Estado miembro requerido no concederá a ningún delito la consideración de delito político, de delito relacionado con un delito político o de delito inspirado por móviles políticos". Se autoriza no obstante a los Estados a formular una declaración por la cual esta disposición se aplicará únicamente a los artículos 1 y 2 del *Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo* y a supuestos de conspiración o de asociación con propósito delictivo, también vinculados a este último tratado. Por ende, bajo las condiciones establecidas en el convenio, aún quienes perpetraron delitos políticos son extraditables.

Corresponde destacar que no constituyó el texto sobre extradición de 1996 un convenio "básico", pues estableció su carácter de complementario de otros, entre los que se encontraban el *Convenio Europeo de Extradición* (13-12-57), el *Tratado Benelux* (27-6-62 y 11-5-74), el citado para la *Represión del Terrorismo* (27-1-77) y el *Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen* (19-6-90). No obstante, la prealudida disposición en materia de delito político sustituyó la previsión de estos tratados, en tanto estableció una causal de improcedencia o inadmisibilidad no prevista en aquéllos.

La finalidad del Convenio se describió con claridad en la exposición de motivos del Consejo de Europa, que expresó la necesidad de perfeccionar la cooperación judicial con el objeto de impedir que las prealudidas conductas permanezcan impunes, destacándose el contexto homogéneo configurado por la similitud de conceptos políticos y la confianza en el funcionamiento de los sistemas de justicia penal de los Estados de la UE.

La valoración de este sólido marco determinó el reexamen de la vocación del delito político de constituir, con el alcance clásico, uno de los obstáculos fundamentales a la extradición.

Este Convenio, mediante el aporte de una perspectiva radical en un ámbito que siempre ha constituído motivo de preocupación de los negociadores de los tratados de extradición, se nutrió de la filosofía del *Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo*, en cuyos artículos 1 y 2 se advierte la raíz del fundamento histórico normativo de numerosos tratados bilaterales, cuando imponen a los Estados la obligación de no continuar considerando los delitos gravísimos que se enumeran como delitos políticos, conexos con un delito político o inspirados por móviles políticos; y le conceden la facultad de decidir que cualquier acto grave de violencia no señalado específicamente y que esté dirigido contra la vida, la integridad física o la libertad de las personas o contra los bienes cuando dicho acto haya creado un peligro colectivo para las personas, no se considerará como tal tipo de delito, incluyéndose la tentativa o la participación como cómplice.

Esta referencia al dominio europeo es sólo ilustrativa de una tendencia que se acompaña en otros ámbitos geográficos y que fue incorporada en las relaciones de derecho positivo bilateral y regional. Ello sin perjuicio de las nuevas soluciones europeas a las que ya hemos aludido.

La histórica excepción se enfrenta, pues, a su vez, a otra excepción, por lo que la regla se resquebraja en su fórmula tradicional y un sector de los delitos políticos pasa a integrar las contingencias que fundan la admisibilidad de la extradición.

Las soluciones del Acuerdo

En el Acuerdo del MERCOSUR, pese a que fueron tenidas en cuenta las soluciones normativas que se vienen de exponer, se opta por una fórmula mitigada en relación a la señalada, conforme a matices de adaptación que permitan mantener una coherencia global con la cultura jurídico-política de los países de la región. En ésta, a la vez que se incriminan y rechazan profundamente ciertas conductas antisociales, se preserva la histórica posición ante los perseguidos por motivos políticos, conforme a la legislación internacional en vigor.

No obstante, es menester tener presente que la facultad establecida en el texto europeo precitado de acotar –mediante una declaración– la señalada disposición innovadora sólo a los delitos políticos perpetrados por medios terroristas, determina que, como se verá, las normas aprobadas en el l MERCOSUR guarden en esencia una razonable simetría histórica y filosófica con la aquella norma.

El artículo 5, numeral 1 del Acuerdo establece el principio generalmente admitido por el cual no procederá la extradición por delitos que el Estado requerido considere políticos o conexos con delitos de esta naturaleza.

Una detallada enumeración de conductas reduce sensiblemente la posibilidad de invocar la excepción, identificando las que "bajo ninguna circunstancia" podrán calificarse como delitos políticos. Son ellos la tradicional cláusula belga, ampliada a texto expreso en el sentido de la interpretación ya dada por la doctrina, que incluye a "otras autoridades nacionales o locales o sus familiares", el genocidio, los crímenes de guerra o los delitos contra la humanidad, así como los actos de naturaleza terrorista, aún en grado de tentativa. En relación a éstos se describen posibles conductas "a título ilustrativo" y se enuncia una cláusula residual, conforme a la cual se considerará de naturaleza terrorista "en general", cualquier acto no comprendido en los supuestos anteriores cometido con el propósito de atemorizar a la población, a clases o sectores, atentar contra la economía de un país, su patrimonio cultural o ecológico, o cometer represalias de carácter político, racial o religioso (artículo 5, numeral 2, literal v).

II.B.2.b.ii. Cosa juzgada, tribunales ad hoc, amnistía

Junto a la cosa juzgada como causal de improcedencia, se prevé el indulto, la amnistía y la gracia (artículo 7). Con una inflexión algo diversa aunque de similar alcance, entre otros antecedentes, se tuvo en cuenta el *Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición* (Estrasburgo, 17-3-78, Título IV) y el *Convenio de Extradición de la Unión Europea* antes citado, artículo 9.

De conformidad con los principios generales, no se concederá la extradición cuando los tribunales que deban juzgar sean *ad hoc (*artículo 8) ni cuando la acción o la pena estuvieren prescriptos según la legislación del Estado requerido (artículo 9).

II.B.2.b.iii. Los menores.

La previsión de la no extradición de los menores es conveniente y oportuna, habida cuenta de que la práctica ni la jurisprudencia son homogéneas en relación a su entrega[22]. Ello se advierte en supuestos de dudosa calificación, tales como las solicitudes provenientes de países en los que

[22] Esta inclusión adquiere especial relevancia para algunos países, como Uruguay, que no han previsto este supuesto con anterioridad en ningún tratado.

el reclamado es mayor en tanto es menor para el Estado requerido –en cuyo caso no habría doble incriminación – así como en los casos en los que se le reclama para aplicarle medidas correctivas.

Diversas fórmulas normativas son posibles a efectos de establecer quién es menor, entre ellas, una regla de conflicto indicando la ley interna del país que debe regular la cuestión. El Estado del domicilio o de la residencia habitual del menor parece ser el que tiene mayor vocación para regular el caso. No obstante, esta hipótesis de trabajo presenta inconvenientes.

En efecto, puede el menor cometer un delito donde se encuentra en forma transitoria – por vacaciones, estudios u otros – siendo éste el país al que habría que solicitar la extradición, pues allí se encuentra de hecho. Este Estado, sin otra vinculación con el menor que el puro azar, podría transformarse en requerido, cuya legislación carecería, obviamente, de los "vínculos más estrechos o significativos" que tradicionalmente fundan y justifican la selección de una ley o de una jurisdicción, con la consecuente prescindencia de otras. .

Es factible que el reclamado sea mayor para ambos, el Estado requirente y el requerido (lugar de paso) pero menor para el Estado de residencia habitual. El país requerido seguramente entregará al menor, violentando el derecho positivo y los principios esenciales del orden jurídico del Estado de residencia habitual del menor.

Por añadidura, las legislaciones penales internas de los países signatarios presentan diversidad de matices de compleja compatibilización.

En fin, consideraciones como las expuestas señalaron las ventajas de una solución material, que superaba con facilidad los señalados inconvenientes, y se fijó la minoridad en 18 años efectos de la extradición, conforme a la legislación internacional en vigor (artículo 10).

En los supuestos de no entrega y dada la calidad de instrumento superior de cooperación del Acuerdo, se procuró evitar en éste y en otros sectores el fomento de la impunidad o la mera indiferencia ante una solicitud de extradición. Con un tratamiento simétrico al dispuesto para la no entrega de los nacionales, el párrafo 2. impone al Estado requerido la obligación de aplicar al menor, de acuerdo a su ley, las mismas medidas correctivas que si las conductas hubieran sido cometidas en su territorio.

II.B.2.c La denegación facultativa: La nacionalidad y las actuaciones en curso por los mismos hechos

II.B.2.c.i La nacionalidad: se prevé una carga adicional cuando no se extradita.

A pesar de las dispares posiciones de los negociadores, fue necesario tener en cuenta una realidad insoslayable, la prohibición constitucional brasileña de entregar a sus nacionales. La cuestión giró, pues, en torno a los matices de la fórmula específica a adoptar, considerando esa situación particular.

Se procuró un mecanismo que impusiera la extradición como principio, sin desmedro del respeto por la jerarquía constitucional de la norma prohibitiva. Dispone el artículo 11 que *"la nacionalidad de la persona reclamada no podrá ser invocada para denegar la extradición, salvo que una disposición constitucional establezca lo contrario"*.

Se quiso enfatizar que el principio es la extradición.

La fórmula se inspiró en la acertada solución del Tratado de Montevideo de Derecho Penal Internacional de 1940 (artículo 19), cuyo principio general también se recoge en los tratados europeos antes citados.

Pese a la posición de algunos Estados negociadores en favor de la no discriminación en base a la nacionalidad, no es habitual la concertación de tratados –en especial bilaterales– que acojan

tal solución, en virtud de las frecuentes prohibiciones constitucionales o legales.s.

Hay sin embargo excepciones. A modo de ejemplo, en el tratado de Uruguay con España de 1996, este último país accedió históricamente por primera vez –así lo expresaron los negociadores españoles– a una previsión que autoriza la extradición de sus nacionales, posición que por ambas delegaciones se estimó favorecedora de la cooperación y por ende de la prestación de justicia.a.

El párrafo 2 del artículo 11 del Acuerdo restablece en cierto modo el equilibrio de la relación, en tanto faculta a los demás Estados Partes a no acceder a la extradición al Estado que la deniegue en base a la nacionalidad. La solución no es preceptiva ni general y podrá evaluarse cada caso concreto.

Con un fundamento aún más atendible que en el supuesto de los menores, se procuró **evitar situaciones de impunidad**. Por ello, se establece la obligación de juzgar a la persona no entregada y, como innovación, se dispone una **carga adicional**: la de mantener informado al otro Estado Parte acerca del juicio, así como de remitirle copia de la sentencia una vez que aquél finalice (párrafo 3.)

II.B.2.c.ii Actuaciones en curso por los mismos hechos

De acuerdo a la posición generalmente admitida, el artículo 12 establece que la extradición podrá ser denegada si la persona reclamada está siendo juzgada en el territorio del Estado requerido por las conductas en las que aquélla se funda, debiéndose evaluar el caso particular, dado que la solución no es preceptiva.

II.B.3 Los límites a la extradición: pena de muerte o privativa de libertad a perpetuidad, la especialidad, reextradición a un tercer Estado

II.B.3.a La pena de muerte y la prisión perpetua: el Acuerdo establece una doble garantía.

Dos son los posibles enfoques desde la perspectiva de los Estados que proscriben la pena de muerte o la privativa de libertad a perpetuidad en su derecho interno, ante la solicitud de un Estado que sí las contempla: denegar la extradición o bien concederla con la garantía de que no se aplicarán dichas penas.

El artículo 13, párrafo 1, establece como principio general que **no se aplicará al extraditado en ningún caso la pena de muerte o la privativa de libertad a perpetuidad.**

Dado el alcance inequívoco del párrafo 2, al que se hará referencia seguidamente, el primero puede parecer superfluo. No es así no obstante, dado que al momento de la negociación Chile no prohibía la pena de muerte en su legislación interna, aunque en los hechos no se aplicaba. Aunque indudablemente no es deseable, esa situación podría eventualmente reiterarse para algún Estado Parte del Acuerdo por efecto de una legislación superviniente e imprevisible al momento de negociar. Por ello, pareció pertinente el contundente principio general prohibitivo señalado.

El párrafo 2 dispone que la extradición sólo será admisible si el Estado Parte requirente aplicare la pena máxima admitida en la ley penal del Estado Parte requerido.

Una doble garantía. El alcance real de esta disposición surge de la interpretación armónica de esta norma y del artículo 18, numeral 5 –en el sector procesal– que establece las características de la solicitud. Dispone que en los supuestos bajo examen se adjuntará al pedido de extradición una declaración mediante la cual el Estado requirente se obliga a aplicar la pena

mayor admitida por la legislación penal del Estado requerido. Esta obligación del tratado, ratificada en la propia solicitud de extradición, constituye una innovación que tuvo por finalidad conculcar cualquier ambivalencia o duplicidad en torno a la **comprensión real de la norma y al compromiso efectivo del Estado requirente en cada caso concreto.**

II.B.3.b El principio de la especialidad

Se respeta el principio de la especialidad del modo tradicional, exceptuándose los supuestos de permanencia voluntaria de la persona entregada en el territorio del Estado requirente por cierto período, habiendo tenido la posibilidad de abandonar el territorio. Se prevé el consentimiento del Estado requerido para la extensión de la solicitud, la que deberá efectuarse con las mismas formalidades que si se tratara de un nuevo pedido (articulo 14).

II.B.3.c La reextradición

La reextradición configura un vínculo trilateral en el cual el Estado requirente se transforma en requerido a posteriori de la entrega de la persona cuya extradición solicitó.

El derecho positivo y la práctica procuran que el Estado requerido original no quede excluído de la relación.

En efecto, por diversas razones – desde la inexistencia de doble incriminación hasta fundamentos de orden público o la aplicabilidad de penas inadmisibles – pudo el Estado en el que originariamente se encontraba el reclamado no haber consentido la entrega al actual nuevo requirente. Por ello dispone el artículo 15 que debe recabarse su consentimiento en debida forma, exceptuándose el supuesto de que la persona extraditada, habiendo tenido la posibilidad de abandonar el territorio del Estado al que se entregó, no lo hubiere hecho por su voluntad, en el plazo que se establece.e.

II.B.4 El procedimiento

Se contemplan los requisitos usuales para la solicitud, los documentos adjuntos y las vías de transmisión (artículo 18).

El pedido deberá transmitirse por vía diplomática y su diligenciamiento será regulado por la legislación del Estado requerido.

La solicitud y los documentos estarán exentos de legalización o formalidad análoga (artículo 19), previsión coherente con la calidad de países integrados de las Partes, así como con la vía diplomática de transmisión, tradicionalmente exenta del señalado requisito. Deberá acompañarse, no obstante, una traducción al idioma del Estado requerido (artículo 20).

Se detallan los documentos que deben adjuntarse, los que varían en función de la calidad del reclamado, según se trate de un condenado, de quien se encuentre en una etapa procesal previa o si el juicio no se hubiere iniciado. En todos los casos se acompañarán los textos legales que tipifican y sancionan el delito, identificando la pena a aplicar, así como los textos que establecen la jurisdicción del Estado requirente y una declaración de que la acción ni la pena se encuentran prescriptos.

El artículo 21 contempla la información complementaria – cuando los datos o documentos remitidos fueren insuficientes o defectuosos – la que podrá remitirse en un plazo de 45 días corridos a partir de la fecha en que el requirente fue informado de dicha necesidad, plazo que podrá ser

extendido mediando circunstancias especiales. Si esa información no fuere proporcionada, se tendrá al requirente por desistido de la solicitud.

II.B.4.a La decisión.

La decisión acerca de la extradición, en sentido afirmativo o negativo, deberá ser comunicada sin demora por vía diplomática (artículo 22). Si fuere denegatoria, total o parcialmente, deberá ser fundamentada. La concesión de la extradición deberá notificarse al Estado requirente, así como el lugar y fecha de la entrega. Se prevé que la persona será puesta en libertad si no fuere retirada en 30 días, salvo las excepciones que se establecen.

Se prevén circunstancias especiales que justifican la no entrega en el plazo acordado, disponiéndose que en caso de fuerza mayor o de enfermedad grave debidamente comprobada que la impida u obstaculice, ello será informado a la otra Parte, pudiéndose acordar una nueva fecha.

II.B.4.b Aplazamiento de la entrega por un proceso local y su excepción.

El artículo 23[23] contempla el aplazamiento de la entrega, aunque contiene en su numeral 2 una previsión en favor de la cooperación.

En efecto, ésta se vería retaceada si se estableciera de modo general que un proceso en curso en el Estado requerido, con independencia de su gravedad, determinara de modo absoluto la imposibilidad de entregar. El numeral indicado establece que si la decisión fuere favorable, el Estado requerido podrá aplazar la entrega hasta la conclusión del proceso penal o hasta que se haya cumplido la pena.

Pero establece una **excepción fundamental**: si la sanción de ese delito en el Estado requerido fuera inferior a la establecida en el , deberá procederse a la entrega de inmediato. Es decir, debe valorarse en el sentido señalado la gravedad de este juicio en el Estado requirente para decidir si la entrega es o no aplazada.

En otro plano y como es de recibo, las responsabilidades civiles derivadas del delito o cualquier proceso civil no impedirán la entrega.

II.B.4.c Extradición simplificada o voluntaria.

De acuerdo a la tendencia de los modernos tratados se contempla la extradición simplificada o voluntaria, conforme a la cual la extradición se otorga, precisamente, en función de la voluntad de la persona reclamada. En tal supuesto, ésta deberá tener asistencia legal y su consentimiento se efectuará ante la autoridad judicial del Estado requerido, después de haber sido informada de su derecho a un procedimiento formal. Es éste un precepto conveniente, en tanto es susceptible

[23] Artículo 23. 1. Cuando la persona cuya extradición se solicita esté sujeta a proceso o cumpliendo una condena en el Estado Parte requerido por un delito diferente del que motiva la extradición, éste deberá igualmente resolver sobre la solicitud de extradición y notificar su decisión al Estado Parte requirente.
2. Si la decisión fuere favorable, el Estado Parte requerido podrá aplazar la entrega hasta la conclusión del proceso penal o hasta que se haya cumplido la pena. No obstante, si el Estado Parte requerido sancionare el delito que funda el aplazamiento con una pena cuya duración sea inferior a la establecida en el párrafo 1 del artículo 2 de este Acuerdo, procederá a la entrega sin demora.
3. Las responsabilidades civiles derivadas del delito o cualquier proceso civil al que se encuentre sujeta la persona reclamada no podrán impedir o demorar la entrega.
4. El aplazamiento de la entrega suspenderá el computo del plazo de la prescripción en las actuaciones judiciales que tuvieren lugar en el Estado Parte requirente por los hechos que motivan la solicitud de extradición.

de beneficiar tanto al Estado requirente como al requerido y al propio reclamado. En efecto, este último, por diversas razones, familiares, de radicación, sistema carcelario o preferencia personal, puede estar interesado en su traslado.

Al momento de la negociación y suscripción del Acuerdo, en la UE esta materia se regulaba en un convenio específico, el *Convenio relativo al Procedimiento Simplificado de Extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea* (10-3-95), sin perjuicio de que se incluye una previsión al respecto en los diversos tratados europeos comentados.

II.B.4.d Detención preventiva.

En materia de detención preventiva (artículo 29), no se innova respecto de las soluciones habituales. Puede solicitarse por vía diplomática o a través de la INTERPOL. Si a los 40 días de la detención no se hubiera formalizado la solicitud, la persona será liberada. Parece un plazo razonable, de duración similar a la prevista en la mayoría de los tratados modernos, cuya determinación debe inspirarse en el equilibrio entre el derecho del reclamado a no permanecer injustamente detenido y a las posibilidades reales del Estado requirente de obtener –y en su caso traducir– los documentos y demás recaudos que deben adjuntarse a la solicitud. La magnitud geográfica de algunos países signatarios –o ahora Partes– y las complejidades derivadas de la consiguiente dispersión de tribunales judiciales, determinó que no se fijara un plazo más breve.eve.

II.B.5 Otras previsiones. Orden público

Como en otros tratados de extradición y de cooperación penal, se aprobó una disposición de amplio alcance, de conformidad con la cual en forma excepcional y fundada, el Estado Parte requerido podrá denegar la solicitud de extradición cuando su cumplimiento sea contrario a la seguridad, al orden público u otros intereses esenciales del Estado Parte requerido. Esta precepto puede ser de utilidad, en virtud de que circunstancias excepcionales, imprevisibles al momento de la negociación –por lo que no pueden ser recogidas como supuesto de denegación de modo expreso– pueden indicar la conveniencia de no acceder a la asistencia pedida en beneficio de valores fundamentales, lo que en modo alguno consigna una permisividad general para denegar la cooperación.

III. LA ASISTENCIA JURÍDICA INTERNACIONAL EN ASUNTOS PENALES EN EL MERCOSUR

Junto al Acuerdo de Extradición, objeto fundamental de este comentario, completa la regulación en materia de cooperación penal en el MERCOSUR el "Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales", suscrito en San Luis, República Argentina, el 25 de junio de 1996, vigente en los cuatro Estados Partes.

Las propias consideraciones finales con las que culmina este artículo referirán fundamentalmente al tratado de extradición.

Razones de espacio impiden profundizar en este importante instrumento jurídico, lo que quedará para otra ocasión y otro ámbito.

No obstante, y pese a esa limitación, no quisiéramos desistir de presentar el contexto general de la cooperación penal en el MERCOSUR, indicando al menos –sin mayores comentarios– las principales soluciones del Protocolo.o.

Ámbito y características. En el precitado instrumento se regula una cooperación estrecha en relación a la investigación de delitos y a los procedimientos judiciales relacionados con asuntos penales, acorde con las soluciones usuales en la materia.

Doble incriminación. No se requiere la doble incriminación –como en la extradición– salvo las excepciones que se establecen, como exponente de una filosofía en favor de la cooperación.

El Protocolo dispone que la asistencia "será prestada aún cuando las conductas no constituyan delitos en el Estado requerido", sin perjuicio de las excepciones que se contemplan en los artículos 22 y 23. Estos refieren, respectivamente, al fruto del delito que pueda ser objeto de medidas cautelares y a las inspecciones y entrega de objetos, documentos o antecedentes. En estos casos se aplicará la ley sustantiva y procesal del Estado requerido.

Tipos de asistencia. El alcance de la asistencia es, asimismo, considerablemente amplio. Los tipos de asistencia son, fundamentales, la notificación de actos procesales; la recepción y producción de pruebas; la localización o identificación de personas; la notificación a testigos o peritos; el traslado de personas sujetas a un proceso penal a efectos de comparecer como testigos; las medidas cautelares sobre bienes; la entrega de documentos y otros elementos de prueba; la incautación, transferencia de bienes decomisados; el aseguramiento de bienes a efectos del cumplimiento de sentencias judiciales que impongan indemnizaciones o multas; y, de modo residual, cualquier otra forma de asistencia acorde con los fines del tratado que no sea incompatible con las leyes del Estado requerido.

Diligenciamiento y ley aplicable. La asistencia se diligencia a través de las respectivas Autoridades Centrales y la solicitud deberá provenir de las autoridades judiciales o del Ministerio Público del Estado requirente encargados del juzgamiento o investigación de delitos.

La ley aplicable al diligenciamiento de las solicitudes será la del Estado requerido.

Denegación. El principio es la prestación de asistencia, aunque se prevén causales de denegación, las que deben ser informadas al Estado requerido. Las principales son las vinculadas a solicitudes que refieren a delitos tipificados sólo en la legislación militar; las que refieren a un delito que el Estado requerido considerare como político o como delito común conexo con un delito político o perseguido con una finalidad política; las que se vinculan a delitos tributarios; o si el cumplimiento es contrario a la seguridad, el orden público u otros intereses esenciales del Estado requerido.

La solicitud. Se establecen la forma y el contenido de la solicitud del modo usual. Entre otras, se dispone que debe ser escrita y contener las indicaciones fundamentales, tales como la identificación de la autoridad competente requirente; la descripción del asunto y la naturaleza del procedimiento judicial, incluyendo los delitos; la descripción y los motivos de las medidas solicitadas; el texto de las normas penales aplicables; la identidad y domicilio de las personas cuyo testimonio se desea obtener o, en su caso, de las personas a ser notificadas, la descripción del lugar a inspeccionar, la identificación de los bienes que hayan de ser cautelados; el texto del interrogatorio a ser formulado para la recepción de la prueba testimonial en el Estado requerido; así como cualquier otra información que pueda ser de utilidad al Estado requerido para facilitar el cumplimiento de la solicitud.

Información. El Estado requerido informará acerca del trámite de cumplimiento del pedido de cooperación; cumplimiento que podrá aplazarse o ser condicional si interfiera con un procedimiento penal en curso en el Estado requerido.

Se contempla, asimismo, el testimonio en el Estado requirente, así como el traslado de personas sujetas a procedimiento penal, mediando el consentimiento de la persona y del Estado requerido

Cooperación cautelar. Se establece el diligenciamiento de solicitudes de cooperación cautelar, de modo justificado, medida que se regirá por la ley procesal y sustantiva del Estado requerido, sin perjuicio de protección de los derechos de terceros

Exención de legalización. Los documentos emanados de autoridades judiciales o del Ministerio Público estarán exceptuados de legalización cuando se tramiten por intermedio de las Autoridades Centrales.

Por otra parte, el Estado requirente solamente podrá emplear la información o la prueba obtenida en la investigación o el procedimiento indicado en la solicitud y no en otros.

Solución de controversias. Finalmente, las controversias que se presenten entre los Estados serán resueltas mediante negociaciones diplomáticas. Si no se alcanzare un acuerdo, se aplicarán los procedimientos previstos en el Sistema de Solución de Controversias vigente entre los Estados Partes del Tratado de Asunción.

Cabe recordar a este respecto que en el presente rige el "Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el MERCOSUR". Este fue reglamentado, en lo que hace a los acuerdos internacionales emanados de las Reuniones de Ministros del MERCOSUR, por la Decisión del Consejo del Mercado Común Nº 26/05, que establece un procedimiento especial para resolver las controversias originadas en acuerdos emanados de esas Reuniones. A la fecha aún no entró en vigor. **Cuando esté vigente será éste el régimen que se aplicará a estas controversias**, como dispone el artículo 8 de esta reglamentación.

IV. CONSIDERACIONES FINALES.

Pese a que, como todo tratado, el **Acuerdo de extradición** es producto de fórmulas de transacción, la homogeneidad de antecedentes legislativos y una cultura jurídica común determinaron que pudiera obtenerse un resultado satisfactorio, tanto en las soluciones de fondo como en su estructura. Este último aspecto, que puede parecer menor, es no obstante fundamental al momento de la interpretación y aplicación de instrumentos jurídicos por magistrados y profesionales, quienes ven facilitada su tarea ante un texto que responde a preceptos racionales de lógica formal.

Los signatarios persiguieron un mismo objetivo esencial, por lo que se concertó un instrumento jurídico internacional pulido y maduro, en el que fueron consagrados tanto los principios universales de la extradición vigentes al momento de la negociación como aquéllos adaptados a las necesidades particulares de los Estados.

Se recogieron los modernos desarrollos bilaterales y regionales, habiéndose seguido de cerca los más cercanos del dominio europeo de ese entonces, impregnados de soluciones que favorecen la agilidad de la cooperación y que adoptan una actitud política acorde a sus cuestiones problemáticas propias. No obstante, y pese al marco de referencia universal que debió necesariamente tenerse en cuenta, las soluciones incorporadas en todos los sectores se adaptan a las particularidades de los Estados de la región.

Confesamos desconocer los matices posibles de este Acuerdo en presencia del antecedente más reciente de la orden de detención europea. Aunque es difícil calibrar esa eventual influencia en virtud de la disimilitud notoria entre el grado de profundización de la integración entre el MERCOSUR y la UE; entre ellas, la intergubernamentalidad del MERCOSUR y la supranacionalidad de la UE.

Desde el ángulo de la agilidad de la prestación de justicia, la puesta en vigor de un texto único para los países del MERCOSUR y sus asociados facilita la práctica, habida cuenta de que tanto los jueces como los asesores aplican un mismo tratado para las relaciones bilaterales de

cualesquiera de los Estados del escenario integrado, posibilitando la creación, con el transcurso del tiempo, de una jurisprudencia. apreciable

La regulación en este sector adquiere singular importancia para los países cuyo régimen impide procesar en ausencia o rebeldía. La consagración de este principio implica que la falta de cooperación – y la consiguiente no entrega – derive en una imposibilidad absoluta de juzgar por los tribunales de los Estados que adoptan esa solución.n.

Del punto de vista de la armonía legislativa interna, el Acuerdo guarda coherencia con los modernos principios que se recogen en los tratados bilaterales suscritos o de los que son Parte los Estados del MERCOSUR.

Desde otro ángulo, la aprobación de normas en este ámbito de relaciones conlleva la nada despreciable función preventiva de evitar colisiones internacionales derivadas de una cooperación internacional escasa, en cuyo marco los Estados tienden a defender, con imprecisas consecuencias, su propia soberanía. La historia nos ilustra acerca de cuestiones que se suscitan por la no entrega de los reclamados o por su puesta en libertad no convenientemente acordada.

En este plano, pues, el tratado regional coadyuva a la obtención del delicado equilibrio entre la potestad de juzgar del Estado y los derechos y las garantías de las personas – así como los del país de residencia o estadía temporal de éstas –. Se sortearán, por ende, hipótesis que conlleven inequitativamente, por insuficiencia de los textos jurídicos que las sustentan, situaciones que impliquen denegación de justicia o descuido de los derechos individuales, por cierto no deseados por ninguno de los Estados que ya son Parte del Acuerdo o están en vías de serlo.o.

O Tribunal Penal Internacional: avanços e retrocessos para o estabelecimento de uma jurisdição Penal Internacional[1]

Denise Caldas Figueira*

Sumário: Introdução. I- JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL. 1.1. Jurisdição Penal Internacional. Direitos Humanos e Humanitários. II - TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. 2.1. Breve Histórico sobre a Criação do Tribunal Penal Internacional. 2.2. Competência do Tribunal Penal Internacional: crimes contra a Humanidade, de Guerra, de Genocídio e de Agressão. 2.3. Princípios da Soberania e da Complementariedade. 2.4. Responsabilidade Individual do Dirigente. 2.5. Conclusão: avanços obtidos com a criação do Tribunal Penal. III - O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E SEUS OPOSITORES. A ATUAÇÃO EXEMPLIFICATIVA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 3.1. Breve Relato sobre a atuação dos EUA no tocante à criação do TPI. 3.2. Análise da atuação dos Estados Unidos da América. 3.3. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Em 1º de julho de 2002, entrou em vigor o Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional.

O estabelecimento do Tribunal Penal Internacional significou valioso avanço na defesa dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário, seja porque o Tribunal possui personalidade jurídica internacional, seja pela competência para julgar os crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e os de agressão, conforme previsão no art. 5º do Estatuto, ou, ainda, porque instituiu a responsabilidade criminal individual dos dirigentes.

Assim, este artigo, que é o primeiro de uma série de três, ressalta a evolução na defesa dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário, com enfoque na jurisdição penal internacional. O segundo ensaio refere-se à análise da incorporação desses crimes ao ordenamento jurídico brasileiro, seu julgamento, a entrega de nacionais, dentre outras previsões, bem como a cooperação com o Tribunal Penal Internacional. Este segundo texto é de especial relevância para a Justiça Militar que, em algumas hipóteses, deterá a competência para o julgamento desses crimes, daí, pois, a importância de pontuar neste estudo o contexto histórico e as relações travadas no cenário internacional que permitiram a criação do Tribunal. Por fim, o último texto analisa a atuação da Corte Internacional desde sua criação até os dias atuais.

Neste estudo, dimensionamos, de maneira sucinta, as dificuldades encontradas até que se tornasse possível a instalação de um Tribunal com jurisdição internacional. Destacamos, por fim, os pontos relevantes da criação da Corte Penal Internacional, tais como, o âmbito de sua competência e a responsabilidade criminal individual.

Muitos obstáculos ainda estão por ser superados. Salientamos, neste sentido, de maneira exemplar, o comportamento norte-americano no tocante ao estabelecimento do Tribunal Penal Internacional, com leve referência à teoria realista, ou neorealista das relações internacionais, como preferem alguns autores. Os Estados Unidos da América, juntamente com alguns outros países, não ratificaram o Estatuto de Roma e vêm se posicionando contra sua implementação. A

* Especialista em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília-UNB. Asessora da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República. Advogada da União.

[1] O texto deste ensaio tem por base a monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do Título de Especialista em Relações Internacionais pelo Instituto de Ciência Política e Relações Internacionais da Universidade de Brasília - UNB.

atuação dos EUA, ainda a maior potência mundial, é exemplificariva e demonstra que o caminho para o estabelecimento ainda é longo e repleto de percalços.

I. JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL

Em 1948, após os julgamentos de Nuremberg e Tóquio, realizados depois da Segunda Guerra Mundial, a Assembléia Geral das Organizações das Nações Unidas - ONU reconheceu, pela primeira vez, a necessidade de um tribunal internacional permanente que se ocupasse do tipo de atrocidades que tinham sido registrado nos anos anteriores.

Desde então, essa necessidade tem sido discutida nas Nações Unidas. A dimensão, a escala e a natureza odiosa das atrocidades registradas nos últimos 20 anos em muitas partes do mundo deram um novo impulso à criação de um mecanismo permanente que levasse a julgamento os perpetradores de crimes como o genocídio, a limpeza étnica, a escravatura sexual e a mutilação, incluindo a amputação de membros de não combatentes, até de crianças, e que finalmente pusesse termo à impunidade de que tantas vezes gozaram aqueles que se encontravam em uma posição de poder.

O Conselho de Segurança da ONU tem se encarregado de criar tribunais *ad hoc,* ou seja, tribunais *ex post facto* e limitados por mandatos específicos no que se refere a tempo e lugar, como por exemplo os tribunais para Ruanda e a Antiga Iugoslávia.

O Estatuto de Roma criou o Tribunal Penal Internacional – TPI, em 17 de julho de 1998 e, assim, "diferentemente de um tribunal *ad hoc*, comum para o direito internacional, o TPI não é um tribunal de guerra, nem tem competência restrita para o acompanhamento de uma situação criminosa específica, como ocorreu com os Tribunais Internacionais de Nuremberg, Ruanda ou com o Tribunal da Iugoslávia, mas tem competência geral e universal.[2] Um tribunal permanente deve decidir crimes tipificados, para fins penais internacionais, que no caso do TPI estão discriminados em três categorias: *crimes de guerra*, *genocídio* e *crimes contra a humanidade*. Sendo assim, o TPI pode significar um avanço imensurável na proteção dos direitos humanos frente aos poderes hegemônicos das grandes potências, o que pode colocá-lo na categoria do organismo mais importante que já se criou em defesa da pessoa humana. O papel a ser exercido pelo TPI agora só depende do desenvolvimento de sua instalação e implementação e ainda se, na prática, o Tribunal corresponder às razões de sua criação. Esta não deixa de ser uma preocupação natural já que muitas expectativas já foram colocadas, por exemplo, na CIJ da ONU, a qual não se sujeita atualmente senão a um único membro permanente do Conselho: a Grã-Bretanha.[3]" [4]

Ante essas circunstâncias, o presente ensaio busca avaliar o avanço que significou a criação da Corte Internacional pelo Estatuto de Roma, em 17 de julho de 1998, bem como a atuação de seus opositores, tais como, os Estados Unidos da América, que, juntamente com algumas outras nações, têm propugnado e atuado de forma contundente para o esvaziamento do Tribunal Penal Internacional. A análise desses movimentos no cenário internacional é o objeto de nossa apreciação[5].

---

2 Um Tribunal *ad hoc* tem limitações temporais e espaciais, por exemplo, no caso de Ruanda, centenas de refugiados dos conflitos étnicos foram assassinados após a criação do Tribunal em 1994 e estas violações não estavam previstas na competência de um Tribunal que foi criado para julgar eventos específicos.

3 Os EUA e a França retiraram sua autorização facultativa de subordinação à Corte após sofrerem decisões desfavoráveis aos seus interesses.

4 *Estados Unidos e União Européia e os Regimes de Proteção dos Direitos Humanos*. TOSTES, Ana Paula B..Resenha apresentada no 3 Encontro Nacional da ABCP – Associação Brasileira de Ciência Política, Área: Relações Internacionais – Painel 4 – Regimes Internacionais, Instituições e Política Externa – 2º sessão 28 – 31 julho 2.002 – UFF/RJ, Niterói.

5 Texto baseado e em parte transcrito do documento: www.un.org/law/icc. Publicado em abril de 2002.

1.1 Jurisdição Penal Internacional. Direitos Humanos e Humanitários

Há de se delimitar alguns parâmetros para visualizarmos o âmbito de nossa análise ao tratarmos do Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estatuto de Roma, em 17 de julho de 1998.

O primeiro registro é que cuidaremos de tema afeto à jurisdição internacional, isto é, crimes considerados abjetos pela humanidade que devem ser universalmente perseguidos e punidos. Estes crimes são os crimes de agressão, de genocídio, de guerra e contra a humanidade. Estamos tangenciando, portanto, área do direito internacional, ou melhor, tema atinente ao "...direito penal internacional [que] comporta todos os atos criminosos que atingem diretamente a sociedade internacional. É disciplina que tem origem no direito internacional clássico costumeiro, do qual se extrai uma clara e universal repulsa por atos reconhecidamente criminosos."[6]

A intolerância e o repúdio a estes atos reconhecidamente criminosos e a criação do Tribunal Penal Internacional resultaram da aproximação entre a defesa pelos Direitos Humanos e pelo Direito Internacional Humanitário.

Já em 1977, Cançado Trindade[7] registrava a "tarefa urgente que era identificar os meios pelos quais se assegure que a aproximação ou convergência verificável nos últimos anos entre o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Direitos Humanos nos planos normativo, hermenêutico e operacional se reverta efetiva e crescentemente em uma extensão e fortalecimento do grau de proteção dos direitos consagrados."

O autor ressaltava, ainda, que há "alguns anos se vem contemplando a idéia de elaboração de um instrumento internacional (e.g., um protocolo) voltado à proteção das vítimas em situações de conflito (distúrbios e tensões) internos", bem como chamava a atenção para o propósito de uma aproximação ou convergência ainda maior entre o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. "....Outra idéia avançada nos últimos anos diz respeito à convergência dos próprios mecanismos de implementação: dadas as "carências institucionais" do Direito Internacional Humanitário, quando comparado este com o Direito Internacional dos Direitos Humanos em que coexistem múltiplos procedimentos e órgãos permanentes de supervisão internacional, há que se considerar a possibilidade de permitir que estes órgãos complementem cada vez mais as possibilidades de ações próprias do Direito Internacional Humanitário. A esse respeito os trabalhos desenvolvidos, no seio das Nações Unidas, pelo Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários (a partir de 1980), e pelos *Rapporteurs* Especiais sobre Execuções Sumárias ou Arbitrárias (desde 1982) e sobre Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (de 1984), dão testemunho da complementariedade já existente entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário também no plano operacional – e em relação aos conflitos (distúrbios e tensões) internos, – e que poderá intensificar-se ainda mais no futuro."

Continua o autor a frisar que 'há algum tempo as Nações Unidas têm voltado sua atenção à proteção dos direitos humanos conjuntamente com o Direito Internacional Humanitário; a Resolução 2444 (XXIII) de 1969 da Assembléia Geral, por exemplo, abordou o direito internacional consuetudinário aplicável aos conflitos internos, reconhecendo expressamente "o princípio consuetudinário da imunidade civil e seu princípio complementar que requer às partes combatentes

---

6 MORE, Rodrigo Fernandes. *A Prevenção e Solução de Litígios Internacionais no Direito Penal Internacional: fundamentos, histórico e estabelecimento de uma Corte Penal Internacional (Tratado de Roma, 1998) in* MERCADANTE, Araminta de Azevedo e MAGALHÃES, José Carlos (org). *Solução e Prevenção de Litígios Internacionais V. 2* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.317 e segts, ou, *in* www.jus.com.br/doutrina

7 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Vol. I.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1977 P. 302-318

distinguir sempre entre civis e outros combatentes." A exemplo do ocorrido em relação aos pontos de contato entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional dos Refugiados, a preparação e realização da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993) contribuíram para aprofundar as aproximações ou convergências também entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário. Na etapa final dos trabalhos do Comitê Preparatório da Conferência Mundial (Genebra, 4ª Sessão, abril-maio de 1993), o CICV[8] apresentou uma contribuição ressaltando as relações entre o Direito Internacional Humanitário e os Direitos Humanos. Se, por um lado, reafirmou o CICV o 'caráter específico' do Direito Humanitário (voltado a situações de conflito armado internacional ou não-internacional – e suas conseqüências diretas, - nas quais o ser humano se encontra extremamente vulnerável), por outro lado sustentou serem as duas vertentes complementares, ao perseguirem o mesmo fim, i.e., o 'respeito pelos seres humanos e seus direitos fundamentais, tais como o direito à vida'.

Queremos enfatizar do texto acima transcrito, portanto, que o Tribunal Penal Internacional, além de significar verdadeiro avanço quanto ao estabelecimento de uma jurisdição penal de abrangência internacional, representa a concertação pelo respeito aos seres humanos e seus direitos fundamentais, com a convergência dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário.

Neste sentido, o Tribunal Penal Internacional supre, em alguma medida (pois serão necessárias outras), a carência institucional do Direito Humanitário apontada pelo professor Cançado Trindade, isto é, a premência de procedimentos e órgãos permanentes de supervisão internacional que assegurem o respeito ao Direito Humanitário.

Isto porque o Tribunal Penal Internacional significa que, independentemente da vontade de cada Estado, hão de se punidos os perpetradores dos *core crimes*, isto é, dos crimes de agressão, de genocídio, de guerra e contra a humanidade. Se, a punição dos mandantes desses crimes estava antes condicionada à decisão do Conselho de Segurança das Nações Unidas, hoje, o Tribunal Penal Internacional detém, para os países signatários do Tratado de Roma, autonomia para fazer valer a estrita obediência ao Direito Internacional Humanitário e aos Direitos Humanos. Eis, pois, a relevância desta Corte Penal Internacional.

Não há de se confundir, entretanto, estas duas vertentes do direito. Faz-se mister esclarecer que apesar de complementares, o Direito Humanitário é aplicado em situações de conflito armado, com o propósito de proteger as vítimas, limitar os sofrimentos provocados pela guerra e assegurar um mínimo de assistências às vítimas, enquanto os Direitos Humanos visam assegurar os direitos fundamentais dos seres humanos, em todas as situações, não apenas em situações de tensões e distúrbios.[9]

O Direito Humantário se distingue, ainda, por quatro ações complementares:

- "acción preventiva para desarrollar ese derecho y hacer que los combatientes lo suscriban difundiéndolo;
- acción reparadora con respecto a la víctima para reducir las consecuencias de las violaciones cometidas;
- acción de intervención, a fin de hacer cesar las violaciones mediante gestiones inmediatas ante los responsables;
- acción punitiva para reprimir, *a posteriori*, las violaciones cometidas y sancionar a los culpables."[10]

---

8 CICV- Comitê Internacional da Cruz Vermelha.

9 MAIA, Marrielle. *Tribunal Penal Internacional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001 p. 37.

10 STRON, Jacques. *Jurisdicción penal internacional, derecho internacional humanitario y acción humanitaria.* Revista Internacional de la Cruz Roja n.º 144, p. 664-675 *in* www.icrc.org/icrcspa.nsf *ou* www.iccnow.org/espanol

Seguindo o raciocínio acima, o Tribunal atuará nas ações punitivas que visam reprimir e apenar os perpetradores dos crimes previstos no artigo 5 º do Estatuto.

O Tribunal Penal Internacional consagra, de um lado, longo período de elaboração teórica e defesa dos Direitos Humanos e Humanitário, conforme brevemente demonstrado acima, e, de outro chama a atenção para tema correlato e recorrente, qual seja, a possibilidade de decisão advinda de jurisdição alienígena produzir efeitos em território nacional ou sobre nacionais. Este é um debate acalorado que, há tempos, ocupa os doutrinadores do direito internacional. É tema que tergiversa sobre a afluência entre os países. Esta é também uma das razões que, aparentemente, fundamentaram as decisões dos países que não apoiaram e não apóiam, nos dias atuais, a implementação do Tribunal Penal Internacional.

Esta questão diz respeito a elaboração teórica, fruto de circunstâncias históricas, e que resultaram no conceito que hoje conhecemos como soberania[11], e sobre qual nos deteremos em capítulo específico.

Neste momento, entretanto, cabe frisar que no "plano internacional, os Estados não estão subordinados num ordenamento horizontal, não há hierarquia, portanto não há "poder". Há, sim, a harmonização natural de poderes, no que se pode denominar de "pacto de soberanias", onde nenhum Estado deixa de ser mais ou menos soberano ao permitir que decisões estrangeiras produzam efeitos em seus territórios, já que o próprio ato permissivo é um exercício de *soberania*. Tem-se, portanto, um arranjo horizontal que possibilita ao Estado exercer seu poder jurisdicional além de suas fronteiras, sem ferir prerrogativas de outros Estados." [12]

É preciso fixarmos a premissa de que o relacionamento entre os países se dá mediante a 'realização de um "pacto de soberanias", isto é, 'dá-se através de técnicas que visam delimitar os contornos da competência legal internacional dos Estados. Estas técnicas, na visão de Falk, denominam-se *jurisdição internacional*'. [13]

"Ao nosso ver, *jurisdição internacional* é uma prerrogativa estatal atribuída pelo ordenamento internacional que permite aos Estados estender seu controle sobre pessoas, recursos e eventos ocorridos fora de seu território. Depreende-se do "conceito" que as regras de exercício de jurisdição internacional do Estado, embora ditadas pelo seu ordenamento interno, são limitadas pela ordem internacional." [14]

Assim, o Tribunal Penal Internacional vai exercer sua jurisdição penal em âmbito mundial prioritariamente[15] para seus signatários, no tocante aos crimes universalmente repudiados pela sociedade internacional, conforme veremos em seguida.

II. O Tribunal Penal Internacional

2.1 Breve Histórico sobre a Criação do Tribunal Penal Internacional

Após a I Grande Guerra Mundial houve tentativas frustadas de criar instituições para trazer à justiça os responsáveis pelas ações desumanas e intoleráveis cometidas durante e antes do

---

11 Treaty of Westphalia. *Tufts University*. http://www.tufts.edu/departments/fletcher/multi/texts/historical/westphalia.txt

12 MORE, Rodrigo Fernandes. Idem.

13 FALK, Richard Anderson. *International jurisdiction: horizontal and vertical conceptions of legal order*, Temple Law Quaterly, 1959. O Professor FALK apresenta em seu artigo um debate sobre o conceito horizontal e vertical da ordem legal internacional. No entender de Falk, a ordem internacional é essencialmente horizontal, de coordenação entre Estados, diferentemente da ordem interna, onde prevalece a hierarquia entre instituições, com o poder verticalizado e centralizado na figura do Estado, apud MORE, Rodrigo Fernandes, idem, ibidem.

14 E assim foi reconhecido, em 1927, pela Corte Permanente de Justiça Internacional, no julgamento do caso *Lotus*, no qual foi assinalado que ..."*tudo o que pode ser exigido de um Estado é que não ultrapasse os limites que o direito internacional impõe à sua jurisdição; dentro destes limites, seu título para exercer sua jurisdição repousa em sua soberania*" (caso Lotus, *in* BRIGGS, Richard W., "*The Law of Nations, Cases Documents and Notes*", F. S. Crofts & Co., NY, 1944, p. 287), *apud* MORE, Rodrigo Fernandes, idem, ibidem.

15 O Estatuto de Roma prevê a possibilidade de iniciativa do Conselho de Segurança requerer a atuação do TPI para os países que não sejam signatários do Estatuto.

conflito. As atrocidades ocorridas durante a II Guerra Mundial, entretanto, levaram à instituição de dois Tribunais Militares Internacionais, quais sejam, de Nuremberg e Tóquio, destinados a julgar os responsáveis alemães e japoneses pelos crimes contra a paz, de guerra e contra a humanidade.

"A Assembléia Geral da ONU aprovou em 1946 a Resolução 95 que declarou o direito de Nuremberg parte do direito internacional geral. A Convenção sobre o Genocídio, aprovada em 1948, teve como objetivo principal reforçar a definição deste crime, independentemente de referência a um conflito específico, estabelecendo que ao mesmo se aplica o princípio da jurisdição universal. A convenção prevê a possibilidade de estabelecimento de um tribunal criminal internacional."[16]

Infere-se dessa decisão da ONU a assertiva de que "firma-se como princípio que a humanidade, cujos interesses e valores essenciais são violados e ameaçados pela prática desses crimes, é, em última instância, titular do direito de assegurar sua repressão, devendo-se prever os meios adequados a garantir o exercício dessa titularidade. Gerou-se assim a expectativa de criação de um tribunal penal internacional, capaz de promover a punição dos crimes internacionais na ausência ou incapacidade dos sistemas judiciários nacionais, frequentemente incapacitados ou intimidados pela destruição e pelo terror sistemático e maciço desencadeado pelos perpetradores de tais crimes."[17]

A Comissão de Direito Internacional da ONU realizou sucessivos estudos que, entretanto, não se concretizaram, detendo-se em questões iniciais, como a elaboração do código de crimes contra a paz e a segurança da humanidade e a da definição do crime de agressão.

Trinidad e Tobago, em meados dos anos 90, teve a iniciativa de retomar esta discussão e o assunto voltou à pauta na ONU. A Assembléia Geral voltou a recomendar à Comissão de Direito Internacional, em 1990, a elaboração de projeto de estatuto para um tribunal penal internacional.

De outro lado, os "violentos conflitos que surgiram desde a independência da Croácia e da Eslovênia, na ex-Iugoslávia, em 1991 e em Ruanda, em 1994, que tiveram a intervenção do Conselho de Segurança das Nações Unidas, levaram a ONU, através de seu órgão máximo - a Assembléia Geral - a baixar a Resolução 43/53, de 09 de dezembro de 1994, a qual constituiu um Comitê *ad hoc* para o Estabelecimento de uma Corte Penal Internacional. O Comitê *ad hoc* reuniu-se, então, em abril e agosto de 1995 para examinar o modelo de estatuto para uma Corte Penal Internacional produzido pela Comissão de Direito Internacional em 1994."

'Acompanhando os avanços dos trabalhos do Comitê *ad hoc*, a Assembléia Geral, através da Resolução 50/46 de 11 de dezembro de 1995, decidiu criar um Comitê Preparatório para analisar os resultados e os diferentes pontos de vista discutidos nas reuniões do Comitê *ad hoc*. Assim, nesta resolução decidiu-se que em abril e agosto de 1996 estabelecer-se-ia um Comitê Preparatório das Nações Unidas sobre o estabelecimento de uma Corte Penal Internacional, de tal sorte que na mesma oportunidade realizar-se-iam suas duas primeiras sessões.'

'Na primeira sessão, entre 25 de março e 12 de abril de 1996, foram consideradas questões de escopo de jurisdição e definição de crimes, princípios gerais de direito penal, complementaridade (entre a Corte e os Tribunais nacionais), quais os casos que poderiam ser submetidos à Corte, cooperação estatal com a Corte. Na segunda sessão, instalada entre 12 e 30 de agosto de 1996, observaram–se as seguintes matérias: questões procedimentais, julgamento justo e direitos de

---

16 SABOIA, Gilberto Vergne. *A CRIAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL*. Palestra ministrada no Seminário sobre o "Tribunal Penal Internacional", na qualidade de Secretário de Estado dos Direitos Humanos, Revista da Procuradoria Geral do Estado, ou in www.mj.gov.br/sedh/tpi. (g.n.)

17 SABÓIA, Gilberto V. Idem. Ibidem.

suspeitos e acusados, penalidades, organização administrativa da Corte, método de estabelecimento da Corte, e relacionamento entre a Corte e as Nações Unidas.'

'Após a segunda sessão, em 16 de dezembro de 1996, a Assembléia Geral da ONU (Resolução 51/207), reafirmando o mandato do Comitê, decidiu que este se reuniria por mais quatro sessões, sendo que as duas últimas sessões se dariam entre 01 e 12 de dezembro de 1997 e 16 de março a 03 de abril de 1998, a fim de completar o projeto de um texto consolidado, apreciável e amplo de uma convenção para submissão a uma conferência diplomática de plenipotenciários. Também se decidiu que a Conferência Diplomática de Plenipotenciários para adoção e finalização de uma convenção teria lugar em Roma, a partir de 15 de julho de 1998, com duração de cinco semanas. Assim, durante a terceira e quartas sessões, o Comitê avançou sobre a discussão acerca do projeto da Comissão de Direito Internacional de 1994, retomando os trabalhos de estudo iniciados nas duas primeiras sessões. Ao final da quarta sessão, a Assembléia Geral baixou a Resolução 52/160 requerendo ao Comitê o prosseguimento dos trabalhos determinados na Resolução 51/207, de 17 de dezembro de 1996, e o fim das sessões com a redação final de um estatuto.'

'Assim, na quinta sessão, cuidou-se da preparação do texto do Estatuto da Corte a ser remetido à aprovação na Conferência de Plenipotenciários, bem como dos últimos debates acerca de temas como definição de crimes de guerra, princípios gerais de direito penal, penalidades, questões procedimentais e cooperação entre Estados.'

'Finalmente, em 17 de julho de 1998, em Roma, na sede da FAO (*Food and Agriculture Organization*) foi adotada a Conferência Diplomática das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estabelecimento de uma Corte Penal Internacional.'

'Foram convidados para a Conferência todos os membros das Nações Unidas e de suas agências especializadas, a Agência Internacional de Energia Atômica, organizações intergovernamentais credenciadas que participaram como observadores das sessões do Comitê Preparatório, a o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, o Tribunal Penal Internacional para Ruanda e organizações não-governamentais credenciadas pelo Comitê.'

'Assinaram o Estatuto, ainda em 1998, setenta e um (71) Estados; até 23 de abril de 1999, outros onze (11) Estados cuidaram também de assiná-lo. Ratificaram [inicialmente] o Estatuto somente o Senegal (02 de fevereiro de 1999) e Trinidad e Tobago (06 de abril de 1999), restando outros cinqüenta e oito (58) depósitos de instrumento de retificação, aceitação, aprovação ou acessão para que o Estatuto de Roma, de acordo com seu artigo 126, entre em vigor.' [18]

Ao final, o Estatuto de Roma foi aprovado com 120 votos a favor, sete contrários, proferidos pela China, Estados Unidos, Israel, Iraque, Líbia, Iêmen e Quatar, e 21 abstenções. Entrou em vigor em Julho de 2002, sessenta dias depois de sessenta Estados terem se tornado parte no Estatuto, por meio de ratificação ou adesão (art. 126 do Estatuto).

O Tribunal Penal Internacional criado, portanto, em 17 de julho de 1998, está previsto no artigo 1º do Estatuto de Roma da seguinte forma:

> *"Fica instituído pelo presente o Tribunal Penal Internacional (o Tribunal). O Tribunal será uma instituição permanente, estará facultada a exercer sua jurisdição sobre indivíduos com relação aos crimes mais graves de transcendência internacional, em conformidade com o presente Estatuto, e terá caráter complementar às jurisdições penais nacionais. A jurisdição e o funcionamento do Tribunal serão regidos pelas disposições do presente Estatuto." (tradução livre)*

"O Brasil participou da Conferência Diplomática das Nações Unidas de Plenipotenciários para o Estabelecimento de uma Corte Penal Internacional - Conferência de Roma, mas não

[18] MORE, Rodrigo Fernandes, idem, ibidem; www.un.org/icc

assinou o Estatuto alegando flagrante incompatibilidade entre alguns dispositivos do Estatuto a Constituição Federal de 1988, a exemplo da previsão estatutária de pena de prisão perpétua (art. 77, 1, b contra o art. 5º, XLVIII, b, da Constituição Federal de 1988) aos condenados pela Corte." [19]

Não obstante esta observação, o Estatuto foi assinado pelo Brasil em 7 de fevereiro de 2000, aprovado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n.º 112, de 6 de junho de 2002, e promulgado pelo Decreto Executivo n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002.

A conclusão a qual podemos chegar é que "a história do direito internacional humanitário onde as razões morais associadas à busca de limites para os sofrimentos causados pela guerra coexistem com a necessidade de admitir a existência de conflitos armados, tornando possível estabelecer padrões mínimos de cooperação e autolimitação entre as partes. O corpo de normas de direito humanitário que o século XX conseguiu construir, ao impor restrições ao exercício ilimitado da força, mesmo em situações extremas como a de conflitos armados, exemplifica a possibilidade de convergência entre normas de interesse recíproco e normas de inspiração ética. A criação do Tribunal Penal Internacional é mais um exemplo desse processo, e sua compreensão deve ser buscada tanto na ordem dos valores morais quanto na esfera dos interesses." [20]

Ante a evolução histórica do Direito Internacional Humanitário, conforme relatado até o momento, verifica-se a presença, por quase todo o século XX, da intitulada "carência institucional", em virtude da evidente falta de estrutura, de órgãos e procedimentos que assegurassem direitos fundamentais àqueles que se encontrassem em situações de distúrbios ou tensões.

Este cenário é hoje absolutamente distinto ao de alguns anos atrás em razão, prioritariamente, da criação do Tribunal Penal Internacional. Se antes havia a proposta de utilizar os meios e procedimentos destinado aos Direitos Humanos para fazer valer os direitos garantidos pelo Direito Humanitário, hoje existe um Tribunal específico para julgar os crimes de guerra, de genocídio e contra a humanidade, isto é, trata-se de instrumento próprio, de órgão com jurisdição internacional com o objetivo de assegurar a observância das regras ditadas pelo Direito Humanitário.

2.2 Competência do Tribunal Penal Internacional: crimes contra a Humanidade, de Guerra, de Genocídio e de Agressão

O Tribunal Penal Internacional tem competência para julgar os crimes considerados abjetos pela comunidade internacional, conforme previsão no artigo 5º do Estatuto de Roma:

> *"A jurisdição do Tribunal se limitará aos crimes mais graves que preocupam a comunidade internacional em seu conjunto. O Tribunal terá jurisdição, em conformidade com o presente Estatuto, sobre os seguintes crimes:*
>
> *a) crime de genocídio;*
> *b) crimes contra a humanidade;*
> *c) crimes de guerra; e*
> *d) crime de agressão" (tradução livre)*

Anote-se, inicialmente, que pende de definição o crime de agressão, nos termos do artigo 5º, 2, do Estatuto de Roma. À época da discussão de seus termos, o crime de agressão foi objeto de intensos debates nas comissões de estudos da ONU:

---

[19] MORE, Rodrigo Fernandes. Idem. Ibidem.

[20] SABÓIA, Gilberto V. idem. Ibidem.

"A agressão foi incluída como um crime que é da competência do Tribunal. Mas, primeiro, os Estados têm de aprovar um acordo que esclareça duas coisas: uma definição de agressão, algo que até agora se tem revelado uma tarefa difícil, e as condições em que o Tribunal poderia exercer a sua competência. Estão a ser apreciadas diversas propostas. Alguns países entendem que, de acordo com a Carta da ONU e o mandato que atribui ao Conselho de Segurança, só este órgão tem autoridade para concluir se se registou um ato de agressão. Se se chegasse a um acordo em relação a este ponto, seria necessário que o Conselho concluísse que tal ato se verificara, para que o Tribunal pudesse agir. Outros países acham que essa autoridade não deveria ser restringida ao Conselho de Segurança. Estão para ser apreciadas propostas que atribuem esse papel à Assembléia Geral ou ao Tribunal Penal Internacional, no caso de ser feita uma acusação de agressão e o Conselho de Segurança não agir dentro de um determinado prazo. A Comissão Preparatória continuará a trabalhar sobre a questão da agressão."[21]

Desta forma, deixaremos de comentar sobre o crime de agressão e nos deteremos nos demais crimes previstos no Estatuto.

Assim sendo, mister distinguir os crimes contra a humanidade dos crimes de guerra. Segundo Leon Frejda Szklarowsky a Segunda Guerra Mundial fez

"nascer concretamente o crime de genocídio, tendo os aliados aprovado, em Londres, aos 8 de agosto de 1945, os estatutos do que viria ser o Tribunal Militar Internacional, que funcionou em Nuremberg, com a participação dos EUA, França, Inglaterra e URSS, para julgar os crimes contra a paz (o planejamento, a preparação, a iniciação ou a execução de guerra de agressão ou que violasse acordos, tratados internacionais, seguranças ou a participação em plano comum ou a conspiração para executar quaisquer de tais atos); contra a humanidade (assassinatos, exterminação, escravidão, deportação e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra, ou perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, em execução ou em conexão com qualquer crime da jurisdição do tribunal, constituíssem ou não violação da legislação interna do país onde os fatos se tivessem realizado); e, finalmente, os crimes de guerra (violação das leis ou dos costumes da guerra, como os assassinatos, maus tratos, deportação para trabalhos forçados ou para qualquer outro fim, de populações civis dos territórios ocupados ou que neles se encontrassem, assassinatos ou maus tratos de prisioneiros de guerras ou de pessoas nos mares, execução de reféns, despojamento da propriedade pública ou privada, injustificável destruição de cidades, povos, aldeias e devastação não justificadas por necessidades militares)."[22]

O Estatuto de Roma prevê em seu artigo 7º os crimes contra a humanidade e em seu artigo 8º, os crimes de guerra. Sugerimos a leitura do Estatuto de Roma, de forma a verificar as definições desses crimes, longamente tipificados, tornando desnecessária sua transcrição.

O crime de genocídio, por sua vez, teve sua expressão cunhada pelo advogado judeu polonês Raphael Lemkim[23] e foi declarado crime contra o Direito Internacional, contrário ao espírito e aos fins das Nações Unidas.

As resoluções 95 e 96 da ONU, de 11 de dezembro de 1946, condenaram o genocídio como crime nas leis internacionais, definindo-o:

"*O genocídio é a denegação do direito à existência de grupos humanos inteiros, assim como o homicídio é a denegação do direito à vida de indivíduos humanos ..."(tradução livre)*

O texto foi acatado pela Assembléia Geral da ONU e resultou na "Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio" aprovada em Paris, em 9 de dezembro de 1948, para entrar em vigor em 12 de janeiro de 1951, após a ratificação de 22 países.

---

21 V. doc: www.un.org/law/icc. *Publicado em abril de 2002*

22 SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Tribunal Penal Internacional. in* www.jusnavegandi.com.br

23 O termo foi utilizado em livro de sua autoria, "*Axis in Europe*", 1946.

Vale anotar que o Brasil ratificou, em 15 de abril do ano seguinte, promulgando-o através do Decreto n.º 30.822, de 6 de maio de 1952. Inspirada nessa Convenção foi editada, no Brasil, a Lei n.º 2.889, de 1º de outubro de 1956, que pune o crime de genocídio e o define como o comportamento cuja intenção é destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso. Está assim definido o crime de genocídio:

"Art. 1º Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:

a) matar membros do grupo;

b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;

c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;

d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;

e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo;"

Sob a égide da Constituição Federal Brasileira, de 1988, baseado em seu artigo 5º, inciso XLIII, editou-se a Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, qualificando o genocídio como crime hediondo, ainda que apenas tentado, sendo, pois, insuscetível de anistia, graça ou indulto, cumprindo o réu a pena integralmente em regime fechado.

O artigo 7º do Código Penal e o art. 208 do Código Penal Militar também dispõem sobre o crime de genocídio. No Estatuto de Roma o crime de genocídio está previsto em seu artigo 6º.

2.3 Princípios da Soberania e da Complementariedade

Os princípios que devem pautar a atuação do Tribunal Penal Internacional estão previstos na parte III do Estatuto de Roma. Interessa-nos, entretanto, ressaltar os debates sobre o conceito de soberania por ocasião da criação do Tribunal, bem como o princípio da responsabilidade penal individual, inscrito no artigo 25 do Estatuto, e, ainda, a qualidade de órgão jurisdicional subsidiário outorgado ao Tribunal. Estas questões simbolizam, ao nosso entender, o significativo avanço do Direito Internacional Humanitário.

De início, trataremos do princípio da soberania. Ao se criar um Tribunal Penal Internacional, indiscutivelmente, estar-se-á desenhando novos contornos sobre o conceito de soberania, tema candente e delicado no cenário internacional.

Soberania, é oportuno registrar seu significado, quer dizer que "no plano interno, as leis e as determinações que promanam do Estado predominam sem contraste dentro de seu território, não encontrando limite em qualquer outro poder. Por esse motivo é que se diz tratar-se de um poder de decisão em última instância, cujo exercício, ademais, encontra respaldo no monopólio da coação legal. Já no plano externo, soberania significa que inexiste qualquer subordinação ou dependência nas relações recíprocas entre os Estados, predominando no âmbito internacional uma convivência caracterizada pela igualdade, ao menos formalmente."[24]

Dalmo de Abreu Dallari, por sua vez, esclarece que "a soberania continua sendo concebida de duas maneiras distintas: como sinônimo de independência, e assim tem sido invocada pelos dirigentes dos Estados que desejam afirmar, sobretudo ao seu povo, não serem mais submissos a qualquer potência estrangeira; ou como expressão do poder jurídico mais alto, significando que, dentro dos limites da jurisdição do Estado, este é que tem o poder de decisão em última instância, sobre a eficácia de qualquer norma jurídica."[25]

---

[24] LEWANDOWSKI, Ricardo Enrique. *Globalização, Regionalização e Soberania. São Paulo:* Ed. Juarez de Oliveira, 2004. p. 235.

[25] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 21 ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2000, *apud* LEWANDOWSKI, Ricado Enrique, idem.

É possível perceber, em vista dos conceitos acima, as inúmeras discussões sobre o princípio da soberania quando do estabelecimento de um Tribunal Penal com jurisdição internacional, vale dizer, sobre estabelecimento de Tribunal cuja decisão possui poderes de coação legal no plano internacional, isto é, sobre território nacional e sobre nacionais dos países signatários de seu Estatuto, e, ainda mais, que decidirá sobre crimes tormentosos para a comunidade internacional, quais sejam, os crimes de agressão, de guerra, de genocídio e contra a humanidade.

Já há algum tempo, alguns doutrinadores têm revitalizado o conceito de soberania, seja por conta dos efeitos da II Guerra Mundial, que fomentou inúmeros acordos internacionais, tais como A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), os Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos (1966) e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), ou, ainda, mais recentemente, considerando as relações entre os países em um mundo globalizado, isto é, um mundo que sofre principalmente os efeitos das incontroláveis repercussões econômicas ocorridas fora do território do Estado e que atingem toda a sua população.

Assim, diferentemente do momento histórico e político em que se construiu o conceito de soberania, hoje as mudanças extra-territoriais implicam o bem-estar do povo de um Estado e, também por isso, observamos uma gama de blocos econômicos formados ou em formação que, em alguma medida, alteram o antigo significado de soberania.

No caso do Tribunal Penal Internacional o debate aflora com mais veemência, uma vez que não se trata de questões econômicas e seus efeitos, que obviamente são relevantes, mas do julgamento de dirigentes em situações beligerantes. Trata-se de dispor da liberdade de mandantes por atos decididos em época de guerra, e, por isso, o tema da soberania se torna ainda mais sensível.

Neste caso, o país signatário do Estatuto de Roma e que participa de atos de guerra poderá ter seus dirigentes julgados por uma Corte Penal Internacional, se o seu sistema judiciário não atuar ou atuar de forma deficitária.

Neste ponto, carece de atenção o denominado princípio da complementariedade ou da subsidiariedade previsto no art. 1º e disciplinado no artigo 17, ambos do Estatuto de Roma.

O Estatuto define rigorosamente a competência do TPI. Este Tribunal foi instituído com base no princípio da complementaridade, o que significa que só pode exercer a sua jurisdição quando um tribunal nacional não puder ou não estiver – de fato - disposto a fazê-lo. Este princípio determina sejam submetidos a julgamento perante o Tribunal Penal Internacional os casos em que o tribunal nacional afastou sua jurisdição ou o julgamento não obedeceu aos princípios de independência e imparcialidade.

Neste sentido, segundo o princípio da complementaridade, os casos serão apreciados em primeiro lugar pelos tribunais nacionais. "O Tribunal Penal Internacional não foi de modo algum criado para substituir a autoridade dos tribunais nacionais. Mas pode haver situações em que o sistema judicial de um Estado entre em ruptura ou deixe de funcionar. Também pode dar-se o caso de haver governos que tolerem uma atrocidade ou participem dela ou de existir funcionários que se mostrem relutantes em instaurar processo judicial contra alguém que esteja em posição de grande poder ou autoridade"[26]. Nestes casos, a competência será deslocada para o Tribunal Penal Internacional.

Pode-se concluir, portanto, que o princípio da subsidiariedade é o contraponto à observância da soberania entre os Estados integrantes de um sistema internacional que condena os crimes de agressão, de guerra, de genocídio e contra a humanidade.

---

[26] V. doc: www.un.org/law/icc. *Publicado em abril de 2002*

Não se afronta, com a instituição da Corte Penal Internacional, a jurisdição de nenhum país signatário do Estatuto de Roma, porém, de outro lado, exige que o sistema judiciário nacional atue com rigor e observância dos procedimentos que são próprios no julgamento desses crimes.

Muito embora pareça uma conclusão evidente e norma freqüente em inúmeros tratados internacionais, o argumento de que haveria ingerência por parte da Corte Internacional no sistema judiciário nacional foi utilizado por países contrários ao estabelecimento do Tribunal Penal Internacional.

2.4 Responsabilidade Individual do Dirigente

Outro dispositivo que merece aplauso quando da elaboração do Estatuto que deu origem ao Tribunal Penal Internacional são as normas referentes à responsabilidade penal individual, prevista nos artigos 25, 28 e 30 do Estatuto.

Estes dispositivos determinam claramente que a jurisdição do Tribunal recai sobre as pessoas naturais, assim como dispõe que estas serão individualmente responsáveis e passíveis de pena em conformidade com o Estatuto e, no mesmo sentido, dispõe sobre regra semelhante aos comandantes militares.

O avanço nesta questão diz respeito justamente à responsabilização do indivíduo ou do comandante militar que comete os crimes previstos no Estatuto, ao invés de responsabilizar o Estado pelas violações ao Direito Internacional Humanitário.

"O Tribunal Penal Internacional é concebido para julgar e punir indivíduos, não Estados.[27] `Crimes contra o direito internacional são cometidos por homens, não por entidades abstratas, e apenas punindo os indivíduos que cometeram tais crimes poderão as leis internacionais serem respeitadas', escreveu-se no Tribunal de Nuremberg em 1946." [28]

Conforme visto, esta questão já era discutida à época dos Tribunais Militares Internacionais de Nuremberg e de Tóquio, criados por decisões do Conselho de Segurança das Nações Unidas, fundamentadas no capítulo VII da Carta das Nações Unidas (ameaças à paz e segurança internacionais), para julgar os crimes cometidos durante a II Guerra Mundial. Estes Tribunais contribuíram para fixar as balizas do que denominamos atualmente de "princípios básicos da responsabilidade penal internacional, dentre os quais destacam-se:

- a afirmação da responsabilidade por crimes definidos pelo direito internacional, independentemente da existência de lei interna;
- o não reconhecimento de imunidades de jurisdição para crimes definidos pelo direito internacional;
- o não reconhecimento de ordens superiores como excusa de responsabilidade."[29]

Há de se atentar, ainda, para o fato de que a "existência de uma instituição internacional legitimada para julgar indivíduos responsáveis por graves crimes tem um outro efeito benéfico sobre o panorama internacional. Há várias situações graves em que, sem a atribuição de responsabilidades individuais, os crimes são e permanecem imputados às comunidades a que os seus autores pertencem. Individualizar e julgar os responsáveis é, em muitos desses casos, a

---

27 SCHABAS, William A. *Princípios Gerais de Direito Penal.* In CHOUKR, Fauzi Hassan e AMBOS, Kai (org.). *Tribunal Penal Internacional.* São Paulo: Ed. RT, 2000. P.163 e segts.

28 U.N. Doc. A/CONF.183/C.1/L.76/Add.3, p. 2 in SCHABAS, op. Cit. , p. 163.

29 SABÓIA, Gilberto V. Idem, Ibidem.

única via para a superação de conflitos e ódios históricos entre comunidades e condição da própria esperança da reconciliação e da tolerância."[30]

Ou seja, significa que a responsabilização dos tomadores de decisões em tempo de guerra, poderá, após o término do conflito, amparar a superação de intolerância entre comunidades e, quiçá, contribuir para a permanência da paz.

De outro lado, notamos outra externalidade positiva quanto ao estabelecimento da responsabilidade penal individual, na medida em que a destruição e apropriação de bens em situações belicosas vêm contrariando as normas das Convenções de Genebra, sem que seus perpetradores sofram as conseqüências de seus atos ilícitos. Michel Deyra comenta:

> *"A destruição e a apropriação de bens não justificadas por necessidades militares são incriminadas pelas Convenções de Genebra. Falamos da destruição de bens mobiliários e imobiliários ou da apropriação de bens (proibição de pilhagem) em poder do inimigo, em território ocupado.*
>
> *'Esta interdição acresce à proibição de atacar bens de carácter civil e, quanto a este aspecto, o interesse militar deveria coincidir com os imperativos humanitários, uma vez que existe perda de tempo e de material sem vantagem operacional correspondente."*[31]

A idéia intrínseca é, enfim, punir os mentores, aqueles que organizam, planejam e incitam o genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e/ou que violem as disposições contidas nas Convenções e Tratados sobre Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário.

2.5 Conclusão: avanços obtidos com a criação do Tribunal Penal Internacional

A instituição do Tribunal Penal Internacional introduz alterações de destaque no cenário que caracterizou o século passado.

O significativo impulso na evolução dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário que ocorreu com a criação do Tribunal Penal Internacional, ao nosso sentir, deveu-se às recentes particularidades históricas, ressaltando-se:

- "O fim da guerra fria tornou menos rígidos os alinhamentos ideológicos que bloqueavam a evolução do direito internacional nessa direção;
- A globalização e a interdependência acentuaram a necessidade de maior coordenação e normatividade em diversas áreas das relações internacionais, inclusive como proteção contra a atuação ilícita de atores não estatais;
- As tendências de fragmentação liberadas pelo fim da guerra fria levaram à irrupção de conflitos étnicos, raciais e religiosos, na maioria dos casos não-internacionais, em que ocorreram catástrofes humanitárias e massacres, ameaçando a ordem jurídica e pondo em risco a paz e a segurança internacionais, reforçando assim a opinião dos Estados, de outros atores internacionais e da opinião pública em favor do reforço da capacidade de sanção do Direito Internacional neste terreno."[32]

De fato, o fim da guerra fria e, concomitantemente, o advento da globalização concorreram significativamente para uma nova concertação entre os países, de um lado, e, de outro lado, os lamentáveis conflitos ocorridos, em especial na ex-Iugoslávia e Ruanda, explicitaram a fragilidade do sistema internacional em punir e repreender os violadores dos Direitos Humanos e Humanitários possibilitando, desta forma, o surgimento da Corte Penal Internacional.

---

[30] COSTA, Alberto. *Tribunal Penal Internacional. Para o fim da impunidade dos poderosos.* Portugal: Editorial Inquérito, 2002, p. 8/9

[31] Deyra, Michel. *Droit International Humanitaire*. Editor: Comissão Nacional para as Comemorações do 50ª Aniversário da Declaração Universal dos Direitos do Homem e Década das Nações Unidas para a Educação em matéria de Direitos Humanos. Lisboa. 1999, P. 86 .

[32] SABÓIA, Gilberto V. Idem, ibidem.

É notório que os "esfuerzos de la comunidad internacional para promover un conjunto de normas que regula la violencia en los conflictos armados han tropezado con la falta de mecanismos de sanción. En virtud de lo previsto en el artículo 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, los Estados signatarios se comprometen a *respetar y a hacer respetar, en todas las circunstancias*, las normas estipuladas, pero esas intervenciones tienen lugar de muy diversas maneras según las circunstancias, y el método se deja a la discreción de los Gobiernos. Por más que apelen las organizaciones humanitarias a la comunidad internacional para que ejerza una presión diplomática sobre las autoridades responsables de exacciones, un sistema jurídico funciona siempre y cuando los culpables sean castigados. Si no hay un tribunal internacional, esta represión depende de la voluntad de cada Estado, única entidad competente para juzgar a los nacionales que hayan cometido infracciones contra el derecho internacional humanitario.

El establecimiento de un tribunal internacional es, pues, una innovación importante ya que, al potenciarse la posibilidad de reprimir las violaciones cometidas, se restituye la credibilidad a los textos jurídicos vigentes" [33]

De fato, ante as dificuldades relatadas para o julgamento das atrocidades ocorridas em situações beligerantes, uma das singularidades da instituição do Tribunal Penal Internacional é o fato de se constituir uma Corte permanente para julgar os crimes previstos em seu Estatuto, independente da vontade política dos Governos. Isto porque é óbvia – e absolutamente verdadeira – a afirmação de que não há como se falar em respeito às normas (sejam nacionais ou internacionais) se não existe um sistema de repressão eficaz que coíba a impunidade dos criminosos. E o Tribunal Penal Internacional surge para preencher esta lacuna no cenário internacional. Daí, pois, sua relevância.

Assim, se sob um aspecto a Corte Penal Internacional é o órgão judicial, com competência internacional, para repreender os violadores do Direito Humanitário, sob outro aspecto, significa o mérito e o prestígio que a proteção aos Direitos Humanos e Humanitários alcançaram no seio da comunidade internacional ao compararmos com as dificuldades relatadas pelo prof. Cançado Trindade, no item I, subitem 1.1.

Outro ponto de crucial importância quando do estabelecimento do Tribunal Penal é a previsão da responsabilidade individual dos dirigentes, não mais se admitindo a responsabilização do Estado pelos crimes perpetrados.

E é relevante a responsabilidade individual, uma vez que "os Estados não procedam – ou não o fizerem com a genuinidade exigível – à responsabilização dos autores dos mais graves crimes que afetam a humanidade, um tribunal internacional permanente passa a encontrar-se capacitado para complementar/corrigir/suprir aqueles comportamentos estatais e proceder ao julgamento dos responsáveis. O direito à justiça, o direito à verdade e o direito à memória deixam de poder ser em definitivo confiscados às vítimas desses crimes por Estados que se se comportem como cúmplices ou encobridores.

'Por outro lado, no apuramento de responsabilidades criminais daquela gravidade, as qualidades oficiais – incluindo as de chefe de estado e chefe militar – deixam de ter relevância. Os que actuarem investidos em posições de poder deixam de poder beneficiar delas para eliminar ou reduzir as suas responsabilidades. Não há <<blindagem de Estado>> a prevalecer sobre o direito à justiça." [34]

Demonstrado está, portanto, que nem mesmo o indivíduo titular de cargo oficial poderá se valer dessa qualidade para livrar- se do julgamento pelo Tribunal Penal, evidenciando – de fato – o acatamento, o respeito e a obediência pela sociedade internacional aos direitos fundamentais do homem.

Em apertada síntese, os avanços atingidos com o ensejo da criação do Tribunal Penal Internacional podem ser resumidos:

---

[33] STRON, Jacques. *Jurisdicción penal internacional, derecho internacional humanitario y acción humanitaria.* In Revista Internacional de la Cruz Roja nº 144, p. 664-675 www.icrc.org/icrcspa.nsf ou www.iccnow.org/espanol

[34] COSTA, Alberto. Idem.

- na constituição de uma Corte Penal Internacional permanente, que atua independentemente da vontade política dos Governos;
- na constituição de um sistema de repressão aos violadores dos Direitos Humanos e Humanitários;
- na diminuição da 'carência institucional' dos Direitos Internacionais Humanitários;
- na instituição da responsabilidade individual, mesmo para os detentores de cargos oficiais.

É relevante, por fim, registrar que a evolução do direito internacional, ainda que signifique deferência e consideração pelos direitos fundamentais do homem, não é acompanhada pelas sucessivas modificações que ocorrem no direito interno dos países que compõem a comunidade internacional. Vejamos, a esse exemplo, a atuação dos Estados Unidos da América no tocante à criação do Tribunal Penal Internacional.

III. O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E SEUS OPOSITORES. A ATUAÇÃO EXEMPLIFICATIVA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

3.1 Breve relato sobre a atuação dos EUA no tocante à criação do TPI[35]

A atuação dos EUA na Conferência de Roma para o estabelecimento do Tribunal Penal Internacional se pautou pela prática conservadora e pouco inovadora quanto à defesa dos Direitos Humanitários, bem como no sentido de não permitir que o então futuro Tribunal gozasse de plena autonomia para exercer a sua jurisdição penal internacional. É possível corroborar esta prática através das propostas encaminhadas pela respectiva delegação[36], como, por exemplo, a proposta encaminhada em 16 de julho de 1998, que previa a possibilidade de os Estados signatários do Estatuto evitarem a jurisdição do Tribunal se declarassem que os crimes haviam sido perpetrados em missão oficial, ou seja, missão militar.

Ainda assim, administração Bill Clinton assinou o Estatuto de Roma, no último dia do prazo. A Administração George W. Bush, por sua vez, em 06 de maio de 2002, encaminhou ofício ao Secretário Geral das Organizações das Nações Unidas, Kofi Annan, declarando formalmente a posição dos EUA de não ratificar o Estatuto que instituiu o Tribunal Penal Internacional. Assim, desde a declaração norte-americana de não ratificar o Estatuto, os EUA têm propugnado o esvaziamento da Corte Internacional.

Neste intuito, os EUA conseguiram que fosse aprovado pelo Conselho de Segurança das Organizações das Nações Unidas – ONU, a Resolução n.º 1422, em 12 de julho de 2002[37], que, em apertada síntese, restringe os poderes do Tribunal Penal Internacional para começar a proceder às investigações ou, até mesmo, o ajuizamento de persecuções penais quanto aos procedimentos daqueles que estiverem em missões de paz da ONU, pelo período de doze meses.

O governo norte-americano, com a finalidade de eximir seus cidadãos da possibilidade de serem entregues e julgados pelo Tribunal Penal Internacional, agiu, ato contínuo, em duas frentes, quais sejam: tentou firmar 'acordos bilaterais' com os países membros do Estatuto de Roma e, de outro lado, editou lei de "Proteção aos Soldados Norte-Americanos" (ASPA) que contém reservas à Corte Internacional.

Os EUA exercem vigorosa pressão diplomática para que os países que tenham aderido ao Estatuto de Roma firmem, com os norte-americanos, acordos bilaterais com base no artigo

---

35 V. www.economist.com , de 11/22/2003, vol. 369 Issue 8351, p27, 1p; de 3/15/2003, vol. 366, Issue 8351, p46, 1p, de 01/06/2001, vol 358, Issue 8203, p 28, 1p;

www.american-partisan.com/cols/2002/madias/qtr3/0828.htm;
http://coranet.radicalparty.org/pressreview/print_right.php?func=detail&par=3185;

http://www.wfa.org/issues/wicc/archives/2001/houseltr.html

36 V. por exemplo: www.un.org/icc UN DOC.A/CONF.183/C. 1/L.90 of 16 July 1998; L.70 of 14 July 1998

37 v. www.un.org/icc

98 do Estatuto citado. Os EUA pressionaram tanto os países que visam ingressar na União Européia (gerando um mal-estar diplomático com a UE), assim como aqueles que, de alguma forma, possuem forte relação de dependência com eles, como por exemplo, a Colômbia e Israel.

O artigo 98 do Estatuto de Roma teve por finalidade dissipar preocupações das delegações presentes na Conferência de Roma quanto ao "Status of Forces Agreements" (SOFA). Ou seja, o artigo se refere à possibilidade de não se proceder ao pedido de entrega ou assistência no tocante aos acordos já realizados, isto é, aos acordos firmados à época da assinatura/ratificação do Estatuto de Roma.

Os EUA, por sua vez, apegam-se ao artigo 98 para fundamentar os mencionados acordos bilaterais, que concedem imunidade ao Tribunal para seus cidadãos, minando – claramente – a finalidade para a qual a Corte foi criada.

Ainda como forma de pressão diplomática, os EUA declaram que retirariam a assistência militar aos países que não firmassem o acordo bilateral, e, ao final, assim procederam, inclusive em relação ao Brasil, que se negou a firmar o aludido ajuste. Na América Latina, Colômbia e Uruguai firmaram este acordo bilateral, oficialmente.[38]

Internamente, os opositores contrários à instalação do Tribunal Penal Internacional propugnaram pela aprovação, no Poder Legislativo norte-americano, da "Lei de Proteção aos Soldados Norte-Americanos" (ASPA), ao final aprovada em 2 de agosto de 2002. Esta lei possui dispositivos contrários à jurisdição do Tribunal, tal como a possibilidade do Presidente norte-americano utilizar todos os meios apropriados para liberar os eventuais cidadãos americanos detidos pela Corte, assim como prevê a possibilidade dos EUA cooperarem com o Tribunal, com o intuito de levar à justiça aqueles que tenham cometidos crimes terríveis.[39]

3.2 Análise da atuação dos Estados Unidos da América

Ante a breve descrição da atuação norte americana quanto à criação da Corte Penal Internacional, a ilação que se pode chegar é de que os EUA atuam de forma unilateral, prestigiando seus interesses, e, na mesma medida, deslustrando as relações internacionais entre os países.

Primeiramente, vale o alerta: não estamos aqui a avocar o papel dos "terríveis simplificadores", no sentido utilizado por Sérgio Paulo Rouanet, citando o historiador Burckhardt:

"Creio que foi o historiador Jacob Burckhardt que disse, no final do século 19, que o século seguinte seria o dos 'terríveis simplificadores'. A profecia de Burckhardt se realizou. ... Os simplificadores não desapareceram no século 21. Como no passado, eles operam por meio do que poderíamos chamar de a distorção holística, a tendência a ver o todo como um conjunto indiferenciado, sem perceber que qualquer totalidade é tensa, que qualquer harmonia é aparente, que todo conjunto é fraturado por forças contraditórias.'...

Roga o autor, adiante, pois 'chega a hora de recuperar a capacidade de fazer distinções. Chegou a hora de acabar com as simplificações. Chegou a hora do pensamento complexo.

---

[38] V. no site www.iccnow.org a relação completa dos países que firmaram os acordos bilaterais com os EUA

[39] v. o cronológico sobre a aprovação da ASPA no Congresso Americano.

'No caso da relação com os Estados Unidos, uma esquerda mundial que se deixe guiar pela lógica do pensamento complexo saberá distinguir entre o governo Bush e os segmentos crescentes da população americana que se opõem à política belicista da atual administração."[40]

O que queremos destacar, humildemente, é que seguiremos, em nossa análise, a lógica pelo pensamento complexo, e como tal admitir - de início - a existência de argumentos e opiniões divergentes àquelas que serão aqui apresentadas. Vale destacar também que este trabalho não se propõe a responder, de forma definitiva, os motivos que levaram os EUA a repelirem o Tribunal Penal Internacional e a analisar as conseqüências desse ato no cenário internacional. Gostaríamos de destacar que, dada a importância mundial desse ator, suas ações repercurtem sobremaneira nas relações com os demais países e na efetiva implementação do Tribunal. Queremos apontar dados e opiniões de expertos, a fim de aflorar o questionamento do leitor. E, de outro lado, julgamos interessante explicitar que não queremos reduzir as relações complexas entre os países a "um confronto maniqueísta entre o bem e o mal."[41]

Feitas essas considerações iniciais, instamos que o leitor considere – de forma arguta e sagaz - o significado de o estabelecimento do Tribunal Penal com jurisdição Internacional para a defesa dos Direitos Humanos e Humanitários, levando em consideração as particularidades expostas acima e as conseqüências para os Estados signatários.

De outra sorte, há que se registrar a reiterada prática norte-americana no cenário internacional. Neste caso concreto, os EUA participaram dos estudos preparatórios para a elaboração do Estatuto, bem como da Conferência de Roma, porém, sendo tragados pela inovação e votação nesses fóruns mundiais, os EUA atuaram no sentido de minar os objetivos para os quais a Corte foi criada. Isto é, não tendo logrado êxito no fórum competente, os EUA impuseram constrangimentos aos demais países, com o fim de que seus objetivos fossem atingidos.

Neste sentido, ainda que tenham assinado o Estatuto de Roma, ao final, não o ratificaram. Ao contrário, atuaram no cenário internacional com veemência contra o Estatuto. Neste sentido, anunciaram e retiraram assistência militar aos países que não assinaram o 'acordo bilateral com fundamento no artigo 98 do Estatuto', que, registre-se, é de fundo jurídico questionável, um vez que dispõe contrariamente à regra do artigo 18 da Convenção de Viena que regulamenta o Direito sobre os Tratados. O aludido artigo 18 determina que 'os Estados devem se abster de atos que frustem o objeto e finalidade de um tratado', tal como o objetivo desses 'acordos bilaterais', que garantem imunidade aos cidadãos norte-americanos perante a Corte Penal Internacional.

Aliás, o citado artigo 98, utilizado como fundamento jurídico do aludido 'acordo bilateral' é questionado por inúmeros governos e organizações não-governamentais, que presenciaram e participaram da Conferência de Roma, e alegam que este artigo foi inserido no Estatuto com a finalidade de cessar preocupações das delegações cujos países eram signatários da "Status of Forces Agreements"(SOFA). Ou seja, a exceção à jurisdição da Corte, prevista no artigo 98, seria válida somente para os acordos já existentes, quando da criação do Tribunal e não para futuros ajustes (obviamente, porque inviabiliza o próprio Tribunal).

---

[40] ROUANET, Sérgio Paulo. *Os Terríveis Simplificadores.* Caderno Mais! FSP, 4 de janeiro de 2004.

[41] ROUANET, Sérgio Paulo. Idem.

Não bastasse a agressiva atuação no campo internacional, internamente, os EUA aprovaram a ASPA, que impõem sérias restrições ao Tribunal Penal Internacional.

Os EUA também possuem a prática de tornar pública suas intenções e cumprir as diretrizes então divulgadas. Não foi diferente neste caso. A imprensa alardeou, amplamente, o descontentamento dos EUA com a criação do Tribunal Penal Internacional.[42]

Ademais, registre-se, que o "argumento invocado pelos Estados Unidos tem a ver com a preocupação de subtrair os seus militares à possibilidade de sujeição ao TPI em caso de prática de graves crimes da respectiva competência. Deve dizer-se que, na lógica do Estatuto de Roma, assente na observância do princípio da complementariedade, bastaria que os tribunais americanos se ocupassem, com genuinidade, de tais eventuais crimes, para que a intervenção do TPI fosse excluída; por outro lado, a norma aplicável, no âmbito do TPI, é em tudo idêntica à que consta do Estatuto das Forças NATO [OTAN]. A posição dos Estados Unidos é assim, acima de tudo, a aplicação à esfera jurisdicional da atitude hostil às soluções multilaterais e comunitárias na vida internacional que tem identificado a actual administração. E o conteúdo do Estatuto de Roma permite pensar que talvez não seja a colocação <<fora da justiça>> dos soldados americanos a única fonte de <<nervosismo>> (Dahrendorf) que tem sido visível nas suas iniciativas e reacções a respeito do TPI. É que o princípio da irrelevância da qualidade oficial, nele consagrado, vem permitir que nas jurisdições competentes, a começar pelas nacionais, possam também ser responsabilizados titulares de altos cargos do Estado – e precedentes já conhecidos mostram que a hipótese não é teórica."[43]

Pode-se deduzir do texto acima que a decisão americana deseja, ainda, ter aporte em um fundamento jurídico, mas, mesmo neste campo seu argumento é frágil, pois é contestado por tratados anteriores, a exemplo do que ocorre na citada OTAN.

A prática norte-americana de hostilidade às decisões multilaterais também tem se evidenciado em outras ações no campo internacional. Veja-se, à respeito, o que diz Luciano Martins sobre a guerra no Iraque:

"A 'guerra preventiva' de agressão contra o Iraque, levada a efeito por Bush e sua claque fundamentalista, é a primeira aplicação da nova doutrina – *National Security Strategy* –, anunciada por Bush em 12/09/2002 – de militarização da política externa dos Estados Unidos. A ação militar é convertida em primeiro instrumento da política exterior em lugar de ser seu "último

---

42 Por exemplo: EUA assinaram a Convenção de Genebra
"Mas nem todos os países estão satisfeitos com a criação do TPI. Na semana passada, o governo dos Estados Unidos ameaçou se retirar do Tratado de Roma em protesto contra sua ratificação. A Casa Branca argumenta que a corte não tem mecanismos suficientes para evitar que os processos contra funcionários americanos se tornem perseguições políticas contra os Estados Unidos.
Na segunda-feira, a Comissão Internacional de Juristas enviou uma carta ao presidente George W. Bush alertando que o argumento de que os EUA serão alvos de perseguições políticas não é válido e o TPI tem mecanismos para evitar que isso ocorra. A verdade é que a tentativa dos EUA de evitar a entrada em vigor da corte se baseia no fato de que, mesmo não tendo ratificado o acordo, americanos poderão ser processados por crime de guerra caso tenham perpetrado um ato ilegal no território de um país-membro do TPI.
Com isso, a Casa Branca acredita que o TPI poderá limitar a habilidade dos Estados Unidos de explorar o uso da força onde os interesses do país estiverem em jogo. Para militares americanos, a capacidade dos EUA de responderem às crises mundiais também poderá estar em jogo com a criação do TPI. Dados do Pentágono mostram que, só na última década, o governo dos EUA usou seu aparato militar em 20 ocasiões, para apenas 7 durante toda a guerra fria. "Diante dessa realidade, a Casa Branca tenta, de todas as formas, conseguir legitimidade política e legal para continuar usando a força", afirma o funcionário da ONU.
Durante as negociações para a criação do Tribunal Internacional, os Estados Unidos chegaram a propor que o Conselho de Segurança da ONU tivesse a palavra final sobre quem poderia ser processado pela corte. O motivo: o governo dos Estados Unidos é um dos cinco países que têm poder de veto no Conselho e poderia evitar que um líder americano fosse levado ao Tribunal.
Enquanto a Casa Branca pressiona para evitar a entrada em vigor da nova corte, o Congresso americano aprova leis que deixam claro que o país não aceitará ser julgado internacionalmente. No ano passado, congressistas republicanos como Jesse Helms conseguiram convencer o legislativo a aprovar leis que proíbem a cooperação dos Estados Unidos com o Tribunal Penal Internacional.
Uma outra lei também permite que a Casa Branca interrompa ajuda militar a países que tenham aderido à corte e ainda prevê que, se um funcionário americano chegar a ser preso pelo TPI, o governo poderá usar "todas as formas necessárias" para libertá-lo." FSP, Domingo, 07 de abril de 2002 - 23h23 Jamil Chade

43 COSTA, Alberto. Idem, p. 9/10 (g.n.)

recurso", como era normalmente consagrada. E o que prevalece na execução dessa política é a vontade unilateral de Washington, independentemente de alianças ou da autorização da ONU. Com Bush, os Estados Unidos se outorgam, portanto, o direito de se colocarem acima da ordem internacional e de suas instituições reguladoras. É o que se chama de *naked power*."[44]

Infere-se, portanto, que a política exterior atual dos EUA não é condizente om as expectativas de um mundo globalizado e democrático. Isto porque, o 'mundo do século XXI não é mais o da diplomacia do equilíbrio de poder, no qual grandes potências, geralmente vizinhas, ameaçavam-se com guerra. ... Em síntese, o século XX foi o século da constituição do sistema global de relações internacionais. No plano econômico foi o século da globalização, e no plano político, o século da democracia e das instituições internacionais. .... O sistema global não tem mais interesses em guerra."[45]

Há, por isso, os expertos que acreditam que esta política não tenha continuidade a longo prazo.

Martins[46] acredita que a exacerbação desse uso do poder pelos Estados Unidos não pode se converter numa tendência estrutural e permanente, mas cingir-se a ascensão episódica da extrema direita republicana no poder'; já Luiz Carlos Bresser-Pereira[47], também ao comentar a guerra do Iraque e, *mutatis mutandis* serve ao nosso raciocínio, assevera que 'os Estados Unidos não podem ser império, não porque não tenham suficiente força militar para tal, mas porque as normas que organizam as relações internacionais mudaram estruturalmente durante o século XX no quadro da globalização. ... Nenhum país, nem mesmo os Estados Unidos, pode pretender ser imperial no sistema global. Há uma incompatibilidade intrínseca entre a globalização (ou o Império) e o imperialismo'; e Costa[48], afirma que nas 'actuais condições, há uma conseqüência singular da opção que prevaleceu nos Estados Unidos da América: os países que aderiram, nomeadamente a União Européia, têm mais condições para influenciar os padrões de funcionamento e a evolução do tribunal, nos seus primeiros anos de existência, do que quem optou por ficar de fora. Se a actual posição dos EUA prejudica e limita o alcance do TPI, por outro lado, num período decisivo para a sua afirmação, poupa-o ao risco e à acusação de veicular na sua actividade o critério americano.'

Não obstante, a doutrina sobre as relações internacionais autoriza a alegação de que esta prática é possível e, até certo ponto, previsível.

Kenneth N. Waltz, ao comentar sobre a gestão dos assuntos internacionais, faz quatro assertivas sobre as relações de poder entre os Estados, afirmando que o poder é que traz seguramente o controle das situações, uma vez que, primeiro 'o poder fornece os meios para mantermos nossa autonomia face à força que os outros exercem. Segundo, maior poder permite maiores raios de acção... Terceiro, os mais poderosos gozam margens mais largas de segurança ao lidarem com os menos poderosos e têm mais a dizer sobre que jogos serão jogados e como. Duncan e Schnore definiram o poder em termos ecológicos como a <<a capacidade de um grupo de actividades ou nichos para estabelecer as condições sobre as quais os outros têm de funcionar>> (1959, p. 139)... Os fracos vivem vidas perigosas... Os estados fracos operam em margens estreitas. Atos inoportunos, políticas imperfeitas e movimentos inoportunos podem ter

---

44 MARTINS, Luciano. *O Fundamentalismo de Bush e a Ordem Mundial.* In Revista Política Externa, Vol. 12 n.º 1 – junho/julho/agosto de 2003, p. 31-41

45 BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *O Gigante fora do tempo: a guerra do Iraque e o sistema global.* In Revista Política Externa vol. 12 n.º 1 junho/julho/agosto 2003 p. 43/62.

46 MARTINS, Luciano. Idem

47 BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Idem.

48 COSTA, Alberto. Idem, p. 11.

resultados fatais. Em contraste, os estados fortes podem estar desatentos; podem dar-se ao luxo de não aprender; podem fazer as mesmas coisas estúpidas vezes sem conta. Podem ser indiferentes à maioria das ameaças porque apenas algumas ameaças, se forem levadas a cabo, os podem prejudicar gravemente. Podem conter-se até a ambiguidade dos eventos ser resolvida sem terem medo que o momento para a acção efectiva seja perdido..... Quarto, muito poder dá aos seus possuidores uma grande participação no seu sistema e a capacidade de agir pelo seu bem. Para eles a gestão torna-se, ao mesmo tempo, valiosa e possível.' [49]

Em resumo o autor estabelece quatro diretrizes sobre as relações entre Estado e poder.

1. Os fortes têm maior autonomia;
2. Os fortes têm maior raio de ação;
3. O estados fracos não podem errar, os fortes podem; e,
4. Quanto mais poder o Estado tem, mais ele pode influenciar o sistema.

No caso específico do Tribunal, os EUA não estariam exercendo todo o seu poder, isto é, influenciando o sistema para assegurar os interesses norte-americanos? Acreditamos em uma resposta afirmativa, pois, seria no mínimo contraditório, os EUA anunciarem política externa agressiva e militarista e, ao mesmo tempo, acordarem com a criação de um Tribunal Penal Internacional, com as particularidades explicitadas.

Conclui-se, portanto, os EUA atuam com coerência e pragmatismo na condução de sua política externa ao não aceitarem o estabelecimento do Tribunal Penal Internacional. A atuação norte-americana no campo das relações internacionais é, desta forma, uma atuação realista, que visa alcançar êxito em seus objetivos, utilidade em suas ações e a satisfação dos interesses norte-americanos.

Por óbvio, não se está afirmando que esta política perdurará indefinidamente. Porém, ainda que habitemos um mundo globalizado e democrático, há de se ponderar: porque qualquer potência hegemônica desistiria de sua vantajosa posição no cenário internacional?

3.3 Considerações Finais

Vimos os precedentes do sistema de jurisdição penal internacional adotado anteriormente à criação do Tribunal Penal Internacional, isto é, que dependia exclusivamente de decisão do Conselho de Segurança da ONU, bem como notamos a 'carência estrutural' em que se encontrava a defesa dos Direitos Humanitários.

Relatamos, em apertada síntese, a política norte americana adotada frente à criação da Corte Penal, assim como enumeramos algumas das razões que entendemos relevantes para a prática realista e pragmática adotada pelos EUA, relacionando-a com implicações no âmbito das relações internacionais.

É mister registrar a evolução ocorrida com a "criação do Tribunal [que] assinala a passagem de uma justiça criminal internacional *ad hoc*, quase sempre ligada, directa ou indirectamente, à vontade dos vencedores, a um projecto de justiça criminal internacional permanente, com mais autónoma e estável radicação nos valores e princípios da consciência jurídica que hoje suportam a emergência de um *jus cogen* a uma escala tendencialmente global. O Tribunal Penal Internacional é um "sistema jurídico internacional dos direitos do homem. (Canotilho)" [50]

O Princípio da complementariedade previsto no Estatuto, que assegura a soberania dos Estados e, ao mesmo tempo, pode exigir uma "ação corretiva" do judiciário local, se e tão-

[49] WALTZ, Kenneth N. *Teoria das Relações Internacionais.* Lisboa: Gradiva, 2002, p. 265-266

[50] CANOTILHO, J. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 1999, p. 1218; PEREIRA, A. G. e QUADROS, F., Manual do Direito Internacional Público, 3ª Ed., 2000, p. 84 e ss, apud COSTA, Alberto.

somente este não atuar ou atuar de forma deficitária; ou, ainda, a previsão da responsabilidade individual dos dirigentes, isto é, a possibilidade de o Tribunal julgar nacionais, sejam titulares ou não de cargos oficiais, por crimes cometidos em território nacional, que, na hipótese de condenação, poderão cumprir pena em outro Estado-parte, são grandes avanços na defesa pelos Direitos Humanos e Humanitários advindos com a criação do Tribunal Penal Internacional.

Não obstante os evidentes avanços alcançados, os Estados Unidos da América se posicionam contra a Corte Internacional, seja porque a característica atual de sua política externa seja militarista e unilateral, seja porque "baseiam-se num argumento retirado da situação de seus militares em operações em países terceiros. Não vale a pena aprofundar o argumento, que não tem sequer a lógica que aparenta, porque o Estatuto incorpora uma solução semelhante àquela que vigora no âmbito do Tratado do Atlântico Norte. Não é o fundamento específico que está em discussão. Conhecida a oposição de fundo entre a posição da União Européia nesta matéria de justiça penal internacional e a posição dos Estados Unidos da América, devemos reconhecer que estamos perante uma questão mais ampla e uma interrogação decisiva para os próximos anos ou décadas da vida internacional. É o unilateralismo que vai comandar ou é a partilha de valores e de princípios assistidos por uma instância judicial penal internacional?"[51]

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Augusto Undgren. *Direitos humanos, cidadania e globalização*. Lua Nova, n. 50, p. 185-206, 2000.

AMBOS, Kai. e CHOUKR, Fauzi Hassan (orgs.) *Tribunal Penal Internacional*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000. 484 p.

_____, Kai e MALARINO, Ezequiel (orgs.). *Persecução Penal Internacional na América Latina e Espanha*. São Paulo: IBCCRIM, 2003 271 p.

AMARAL JÚNIOR, Alberto de e PERRONE-MOISÉS, Cláudia (orgs.) *O Brasil e o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. In: O Cinqüentenário da Declaração Universal dos Direitos Humano*s. São Paulo: Edusp, 1999, p. 233.

BARROS-PLATIAU, *Ana Flávia. Direito internacional e globalização*. Revista Cidadania e Justiça, v. 4, n. 8, p. 27-42, jan/jun. 2000.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *O Gigante fora do tempo: a guerra do Iraque e o sistema global*. Revista Política Externa, vol. 12, n.º 1 junho a agosto de 2003. P. 43-62.

CRETELLA Jr., José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988. Vol. I*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, p. 463-466.

_____, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988. Vol. II*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, p. 728-734.

COSTA, Alberto. Tribunal Penal Internacional. *Para o fim da impunidade dos poderosos*. Lisboa: Editora Inquérito,2002. 168 p.

FALCÃO, Alcino Pinto et al.. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, p.:258-263.

[51] COSTA, Alberto. Intervenção proferida na reunião plenária da Assembléia da República Portuguesa em 20.12.2001. Tribunal Penal Internacional .... op. Cit. p. 50 (g.n.)

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira.* São Paulo: Saraiva, 1989, p.152.

FONSECA, J.R. Franco da. *Estrutura e funções da Corte Internacional de Justiça. In:* BATISTA, Luiz Olavo e FONSECA, José Roberto Franco da (coord.). *O Direito Internacional no terceiro milênio*. São Paulo: LTr, 1998. p. 750-762.

Imunidade Soberana. Brasília: CJF, 2001, 52p. (Série Cadernos do CEJ; 19)

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, Regionalização e Soberania*. São Paulo: Juarez de Oliveira Editora, 2004, 197-301.

MAIA, Marrielle. *Tribunal Penal Internacional. Aspectos Institucionais, Jurisdição e Princípio da Complementariedade*. Del Rey: Belo Horizonte, 2001. 262 p.

MARTINS, Luciano. *O Fundamentalismo de Bush e a Ordem Mundial.* In Revista Política Externa, vol. 12, n.º 1 junho a agosto de 2003. P. 31-41

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais.* São Paulo: Atlas, 1998, p. 19-53 e 204-211.

_____, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 11 ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.108-109.

MORE, Rodrigo Fernandes. *A Prevenção e Solução de Litígios Internacionais no Direito Penal Internacional: fundamentos, histórico e estabelecimento de uma Corte Penal Internacional (Tratado de Roma, 1998)* in MERCADANTE, Araminta de Azevedo e MAGALHÃES, José Carlos (org) *Solução e Prevenção de Litígios Internacionais v.2* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.317 e segts, ou in www.jus.com.br/doutrina

NEVES, Sólon D'Eça. *A globalização e a justiça.* Revista da ESMESC: Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, v. 5, n. 7, p.123-127, 1999.

PECEQUILO, Cristina Soreanu. *Os Estados Unidos: Hegemonia e Liderança na Transiçao*. São Paulo: Vozes, 2001, 135 p.

_____, Cristina Soreanu. *A Política Externa dos Estados Unidos*. Rio Grande do Sul: UFRGS Editora, 2003. 268-356 e 381-388.

PEREIRA, Luis Cezar Ramos. *Ensaio sobre a responsabilidade internacional do Estado e suas conseqüências no Direito Internacional: a saga da responsabilidade internacional do Estado*. São Paulo: LTr, 2000. 504 p.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* São Paulo: Max Limonad, 1996. 487 p.

_____, Flávia. *Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil.* Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público e do Distrito Federal e Territórios, v. 8, n. 15, p. 93-110, jan/jun, 2000.

RAMOS, Alexandre Luiz. *Direitos humanos, neoliberalismo e globalização. In:* SILVA, Reinaldo Pereira e (org.). *Direitos humanos como educação para a justiça*. São Paulo: LTr, 1998. p. 60-76.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 424 p.

ROUANET, Sérgio Paulo. *Os Terríveis Simplificadores.* Folha de São Paulo. Caderno Mais! de 04 de janeiro de 2004. P.4-6.

SABÓIA, Gilberto Vergne. *União Européia, Mercosul e a proteção dos Direitos Humanos*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n.º 54. p. 209-220, dez. 2000, ou in www.mj.gov.br/sedh

SCHWARTZ, Bernard. *El Federalismo norteamerico actual*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986. 357 p.

_____, Bernard. *Os Grandes Direitos da Humanidade. "The Bill of Rights"* Tradução de A. B. Pinheiro Lemos. Rio de Janeiro: Forense - Universitária, 1997, 254 p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 418 p.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. *Algumas reflexões sobre Estado, Nação, sistemas jurídicos, internacionalização do Direito, Direito Comunitário e internacionalização da Justiça*. Notícia do Direito Brasileiro, n. 2, p.113-133, jul/dez 1996.

STRON, Jacques. *Jurisdicción penal internacional, derecho internacional humanitario y acción humanitária*. Revista Internacional de la Cruz Roja n.º 144, p. 644-675 ou in www.icrc.org/icrcspa.nsf ou www.iccnow.org/espanol

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma exposição prática sobre como funciona a Corte Internamericana de Direitos Humanos, com detalhamento da tramitação de um processo*. Consulex: Revista Jurídica, v. 6, n. 122, p. 50-52, fev. 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Vol. 1* Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997. P.302-318.

WALTZ, Kenneth N. Teori*a das Relações Internacionais*. Lisboa: Gradiva, 2002. 339 p.

Mercosul, Soberania e Constituição Brasileira de 1988

Elisa de Sousa Ribeiro*
Rafael Nascimento Reis**

Sumário: 1. Introdução 2. Mercosul 2.1 Princípios dos movimentos integracionistas 2.2 Criação e desenvolvimento do Mercosul 3. Soberania e o Direito Internacional 4. Soberania e a norma constitucional integracionista 4.1 Assembléia Nacional Constituinte 4.2 Revisão Constitucional de 1993-1994 4.3 Discussão doutrinária 5. Mercosul, Soberania e a Constituição de 1988

Introdução

O Mercado Comum do Sul vive um momento histórico irreversível. A necessidade de avançar na conformação da União Aduaneira e de solucionar as diferentes assimetrias da região nos permite pensar como enfrentar esses novos desafios diante de um quadro institucional-jurídico que requer reformas.

É certo que o sistema intergovernamental de decisões garante um equilíbrio político que a supranacionalidade não oferece da mesma maneira. Mas também é verdade que a falta de acordo ou de uma aplicação direta das normas do Mercosul inviabilizam o progresso da região.

A ausência de um *staff* comunitário permanente e o baixo percentual de normas mercosulinas incorporadas aos ordenamentos jurídicos internos dos países membros ocasiona uma insegurança jurídica que inviabiliza muitos investimentos privados no Cone-sul.

A reforma da estrutura institucional do Mercosul, fundamentada em um sistema misto: intergovernamental e supranacional, é uma necessidade urgente. No entanto, alguns obstáculos devem ser vencidos, como por exemplo, a (des)necessária reforma constitucional da Carta Magna brasileira para permitir a integração do país em processos de conteúdo supranacional.

O mecanismo da recepção, tal como disciplinado pela Carta Política brasileira, atesta que a norma produzida externamente não dispõe, por autoridade própria, de exeqüibilidade e de operatividade imediatas no âmbito interno, vez que, para tornar-se eficaz e aplicável depende, essencialmente, de um processo de integração normativa que se acha delineado no artigo 49, inciso I, combinado com artigo 84, inciso IV.

Efetivamente, a regra de regência acerca da recepção e integração dos tratados internacionais na ordem jurídica interna brasileira privilegia determinados procedimentos que, sinteticamente, podem ser assim descritos*:* a) o Tratado vincula internacionalmente o Estado brasileiro quando de sua ratificação ou adesão por ato do Presidente da República ou plenipotenciário, precedido da aprovação congressual; b) seus efeitos produzem-se *interna corporis* a partir da vigência assinalada no decreto editado pelo Chefe de Estado, que deve conter a íntegra do texto convencionado internacionalmente; c) com a publicação do decreto o tratado é incorporado ao Ordenamento Positivo sem a necessidade de norma legal que lhe reproduza o conteúdo.

O Supremo Tribunal Federal ponderou que "o exame da Carta Política promulgada em 1988 permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo,

* Pesquisadora do PIBIC do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e membro do Grupo de Estudos do Mercosul, vinculado ao Mestrado em Direito das Relações Internacionais do UniCEUB.

** Secretário de Relações Institucionais e Comunicação Social do Parlamento do Mercosul e Mestrando em Direito Internacional Privado pela Universidad de Buenos Aires.

resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais, e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional, também dispõe – enquanto Chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto." [1]

De se notar, então, que o sistema constitucional brasileiro revela-se como dualista moderado, já que, apesar de não exigir a edição de lei para o efeito de incorporação do ato internacional ao direito interno – visão dualista extremada – exige a adoção de um *iter* procedimental, que compreende a aprovação congressual e a promulgação executiva do texto convencionado.

Ocorre que o Estado Brasileiro está ciente que a cooperação mais estreita é uma necessidade; os Estados não são auto-suficientes, mas sim inter-relacionados. Esta cooperação, no caso do Mercosul, tem-se mostrado essencial e urgente, já que os mecanismos típicos de incorporação se revelam ineficientes face à sua lentidão e à assimetria das partes.

Nesse sentido, o presente artigo tem o objetivo resgatar as discussões legislativas que tomaram lugar no Congresso Nacional e no âmbito acadêmico quando da elaboração do artigo 4º, parágrafo único, da Constituição, orientador da forma de integração política, econômica e social que o Estado brasileiro deve buscar.

A doutrina majoritária entende que a norma inserta no artigo 4º não passa de uma regra programática, norteadora da política internacional brasileira, no entanto, entendemos que ela confere aplicabilidade imediata à norma constitucional integracionista, sob o amparo da interpretação concretizante de Friedrich Müller.

Inicialmente trataremos da evolução do movimento de integração do cone-sul, para então analisar a evolução do conceito de soberania em conjunto com o direito internacional, chegando às discussões acerca do texto constitucional de 1988 e de sua revisão. Em seguida, demonstraremos como a metódica estruturante de Friedrich Müller pode ajudar a interpretar o texto constitucional, conferindo força normativa à Constituição e ao Mercosul.

2. Mercosul

2.1 Princípio dos movimentos integracionistas

Os ideais de integração da América Latina remontam ao século XIX, quando da redação da Carta da Jamaica, de autoria do venezuelano Simon Bolívar. Seu sonho de união dos povos e governos sul-americanos viu-se inicialmente consubstanciado em documento internacional no ano de 1960, com a assinatura do Tratado de Montevidéu, que criou a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC).

Iniciativa de relativo sucesso, apesar de ter logrado poucos, mas significativos, sucessos no âmbito comercial - destaca-se que fluxo do comércio regional dobrou se compararmos os anos de 1977 e 1962[2] - a ALALC era integrada originariamente por Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguai, Peru e Uruguai, e visava a conformação de uma zona de livre comércio no prazo de doze anos, previa um regime de preferências e diminuição tarifária de alguns produtos, bem como a harmonização de políticas macroeconômicas[3].

---

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Carta Rogatória nº8.279-4. *In:* DJ, 10.08.2000

2 JÚNIOR, Alberto do Amaral .**Mercosul: características e perspectivas.** Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 37 n. 146 abr./jun. 2000.

3 HARGAIN, Daniel; MIHALI, Gabriel. **Circulación de Bienes en Mercosur**. Montevidéu: Julio Faira Editor, 1998. p. 123.

Por não haver atingido os objetivos previstos no Tratado de Montevidéu, uma vez que muitos de seus membros passavam por momentos de instabilidade política[4] e devido à resistência à concessão de preferências a todos os membros[5], A Associação Latino-Americana de Livre Comércio foi substituída no ano de 1980 pela Associação Latino-americana de Integração.

Este novo modelo de integração tinha como objetivo a formação de um mercado comum e, tendo em vista a experiência de sua antecessora, buscou dirimir os problemas relacionados ao regime de preferências por meio da classificação dos países membros em grupos, dentro dos quais seria possível firmar acordos sem a necessidade da participação de todos os membros da Associação.

Influenciados pelos bons ventos que levavam ao intercâmbio econômico, bem como a necessidade de incrementar suas economias Brasil e Argentina iniciaram uma série de acordos bilaterais, tais como o Tratado de Cooperação Econômica, assinado em 1986, a Declaração de Foz do Iguaçu, de 1985 e o Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento, datado de 1988.

Apesar das iniciativas bilaterais, somente com a assinatura da Ata de Buenos Aires, firmada em 06 de julho de 1990, que se decide estabelecer um mercado. Não se pode olvidar que o Acordo de Complementação Econômica nº 14, acordado no âmbito da ALADI entre Brasil e Argentina, para a melhor doutrina[6], também foi de grande valia para a conformação do Mercosul, inspirando o Tratado de Assunção.

2.2 Criação e desenvolvimento do Mercosul

Aos 26 dias do mês de março de 1991, a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República do Uruguai constituíram o Mercosul com a assinatura do Tratado de Assunção. Este instrumento estabelece de forma gradual a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos, a harmonização de legislações e a criação de uma tarifa externa comum. Em seu texto estavam previstas duas fases para a integração: uma provisória e outra definitiva.

A primeira se estendeu até 31 de dezembro de 1994. Em seu âmbito vislumbrou-se a criação de um Programa de Liberação Comercial, a coordenação de políticas macroeconômicas e a adoção de uma tarifa externa comum, bem como acordos setoriais. Com a assinatura do Protocolo de Brasília, foi definido um Sistema de Solução de Controvérsias, reformado posteriormente, com a entrada em vigor do Protocolo de Olivos e a criação do Tribunal Permanente de Revisão em 2004.

Em dezembro de 1994, com o fim da fase provisória, os Estados Partes assinaram o Protocolo de Ouro Preto, adicional ao Tratado de Assunção, dando ao Mercosul personalidade jurídica de direito internacional e estabelecendo em seu âmbito uma estrutura institucional, marcando o final de um período de transição. Ademais, foram adotados "instrumentos fundamentais de política comercial comum que regem a zona de livre comércio e a união aduaneira que caracterizam hoje o MERCOSUL".[7] Em 24 de julho de 1998 foi firmado o Protocolo de Ushuaia sobre o Compromisso Democrático no Mercosul.

---

4 FLORÊNCIO, Sérgio Abreu e Lima, ARAÚJO, Ernesto Henrique Fraga. **MERCOSUR, proyecto, realidad y perspectivas.** Trad. Maria del Carmen Hernández Gonçalves. Brasilia:Vest-Con, 1997. p. 31

5 HARGAIN, Daniel; MIHALI, Gabriel. **Circulación de Bienes en Mercosur**. Montevidéu: Julio Faira Editor, 1998.. p. 124.

6 DREYZIN DE KLOR, Adriana. **El Mercosur. Generador de una nueva fuente de derecho internacional privado**. Buenos Aires: Zavalia, 1997. p 48.

7 Disponível em: <www.mercosur.int> Acesso em 16/10/2006.

Tendo em vista a crescente corrente integracionista e os benefícios de fazer parte de um Bloco Econômico, Bolívia e Chile passaram a integrar o Mercado Comum do Sul como Membros Associados, por meio das Decisões nº. 14/96 e nº. 12/97 do Conselho Mercado Comum, respectivamente. A Venezuela, por seu turno, entrou em processo de adesão ao Bloco para adquirir o *status* de Estado Parte, nos termos da Decisão CMC nº. 29/05, seguindo o movimento de integração, foi constituído por meio da Decisão nº. 01/07grupo *Ad Hoc* para definir os termos da incorporação da Bolívia ao Bloco como Estado Parte.

Com a expansão do Bloco, surgiu uma crescente necessidade de acelerar a tramitação das normas emanadas do Mercosul nos Poderes Legislativos dos Estados, para que o processo de integração pudesse dar passos cada vez maiores e conferir a segurança advinda do respaldo jurídico das normas internalizadas por todos. Em adição, era necessário um meio capaz de dirimir as diferenças entre os Estados, harmonizar as legislações nacionais, e fomentar a cooperação inter-parlamentar.[8] Tendo em vista estas demandas, o Conselho Mercado Comum aprovou em dezembro de 2005, o Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul.

3 Soberania e o Direito Internacional

A soberania passou por uma necessária e irreversível evolução conceitual irreversível nos últimos séculos, face às constantes transformações do Estado Contemporâneo.

O conceito de soberania teve papel importante na evolução do Estado moderno, sobretudo na consolidação do Direito Internacional Público como instrumento eficaz para a defesa da paz.

Inicialmente, vale destacar as primeiras concepções acerca do tema para delinearmos a sua evolução ao longo do tempo e chegarmos à situação atual frente aos sistemas regionais de integração.

O nascedouro da palavra soberania parece ser um tanto controvertido. Para alguns, sua origem vem de "*superanus*", forma do médio latim e o sufixo *"anus"* demonstra a sua origem popular, tendo o seu berço na França e na Inglaterra, consolidando-se ao longo do século XII. Para outra corrente, a sua gênese encontra-se no Baixo Latim *"superanitas"*. Destaca-se a importância da soberania para as relações internacionais e para o Estado moderno, como elemento limitador do campo de atuação desse último ente nas relações inter-estatais.[9]

Entre os romanos a soberania era denominada *suprema potestas, imperium*. Seria uma espécie de supremacia do poder dentro de um mesmo território, e na época, coincidiu que este poder era exercido pelo rei. Essa supremacia pode ser entendida de duas formas: uma exercida nas suas relações intra-estatais, segundo o princípio da subordinação; e outra consagrada na ordem externa, de acordo com o princípio da coordenação.[10]

No início do século XVI, Jean Bodin, em sua obra os Seis Livros da República, previa a possibilidade de concessão, ainda que precária, de parcela do poder soberano à alguém ou algum ente.[11]

Assim, entende-se que o ato de transferência de parte do poder soberano é possibilitado por mútuo consentimento do órgão concedente e do concedido, "*porque o titular do poder deliberou por transferi-lo sem, contudo, perder sua titularidade e livre disposição*"[12].

---

8 Preâmbulo da Decisão MERCOSUL/CMC/DEC Nº 23/05

9 MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Internacional da Integração.** Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 120-121.

10 BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 112.

11 BODIN, Jean. **Los seis libros de la republica**: seleccion, estudio preliminar y traduccion de PedroBravo Gala. Madrid: Tecnos, 1986.

12 FURLAN, Fernando de Magalhães. **Integração e soberania: o Brasil e o Mercosul**. São Paulo: Aduaneiras, 2004. p. 6.

Celso D. Albuquerque Mello salienta que para o Direito Internacional, a noção de soberania possui as suas origens em Vattel, no século XVIII, entretanto, o seu desenvolvimento é impulsionado pelos doutrinadores alemães durante o século XIX, influenciados pelo hegelianismo.[13]

Certamente, presenciamos um período de transição acerca dos delineamentos do conceito de soberania. Aquela soberania esquematizada por Jean Bodin, qual seja, *"La soberanía no es limitada, ni en poder ni en responsabilidad, ni em tiempo"*[14] parece não mais encontrar amparo nos dias atuais.

A partir do desenvolvimento das organizações internacionais, do surgimento das comunidades européias e da internalização das atividades econômicas, políticas, sociais e culturais, o conceito de soberania perdeu muito da sua natureza material, passando a ser meramente formal, haja vista as necessidades de ajuda mútua entre os Estados, e, por conseguinte, a transferência ou delegação de parcelas da soberania para aquelas entidades.[15] Como bem assevera Kerber, *"a transferência de parcelas soberanas à instituição de supranacionalidade, constitui ponto fundamental à integração plena do Cone Sul (...)"*[16]. Com efeito, esta delegação, não diminui a respeitabilidade e nem danifica a imagem do Estado perante a comunidade internacional, pelo contrário, demonstra sensibilidade política para unificação de forças econômicas, a fim de integrar-se competitivamente no fenômeno da globalização.

Nesse sentido, parece falho o argumento de que a concessão de parcelas de soberania acarretaria abusos e insegurança do Estado. Ora, para evitar esses abusos é que existem organismos supranacionais, dotados de autonomia e independência para efetuar o controle da legalidade e do poder soberano concedido. Desta forma, o Estado que julgar alienado de seu poder soberano por órgão delegado, receptor de parcela da soberania, deverá ter imediatamente restituída aquela, pelas vias cabíveis. Uma via, v.g., seria por meio da denúncia de um tratado que possibilitou a delegação da soberania a um organismo supranacional.

4 Soberania e a norma constitucional integracionista

4.1 Assembléia Nacional Constituinte

Em novembro de 1985, o Congresso Nacional, por meio da Emenda Constitucional n ° 26, convocou a Assembléia Nacional Constituinte. Essa instalou-se em 1° de fevereiro de 1987, sob a presidência do então Ministro Moreira Alves, Presidente do Supremo Tribunal Federal. Nesse contexto, o povo havia delegado aos Constituintes, poderes para elaborar, livre e soberanos, a nova Carta Constitucional.

A redação do artigo 4° da Constituição Federal foi amplamente debatida no seio da Assembléia Constituinte de 1987. Várias foram as fases pelas quais passou o anteprojeto, de acordo com o trâmite estabelecido no Regimento da Constituinte. Vamos nos cingir apenas às discussões ocorridas nos dois turnos de votações no Plenário da Assembléia.

Quando levado para Plenário, o relator na época, constituinte Bernardo Cabral, salientou que o texto referente à integração latino-americana encontrava-se no art. 8° da Ato das

---

13 MELLO, Celso D. de Albuquerque. op. cit., p. 122.

14 BODIN, Jean. **Los seis libros de la republica**: seleccion, estudio preliminar y traduccion de PedroBravo Gala. Madrid: Tecnos, 1986. p. 49.

15 MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Internacional da Integração.** Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 122.

16 KERBER, Gilberto. **Mercosul e a Supranacionalidade**. São Paulo: LTr, 2001. p. 79.

Disposições Constitucionais Transitórias, haja vista que esse se constituía em um objetivo temporário, até o ato de sua concretização, qual seja, a formação de uma Comunidade latino-americana de nações.[17]

Várias foram as emendas propostas, segundo o relator, desde aquelas que requeriam a supressão total do texto até as que advogavam pela reintegração ao Título I do texto permanente. Foram destacados inúmeros argumentos para a supressão, sendo os principais: a referida norma não deveria figurar em nível constitucional; mantida a norma, esta poderia dar ensejo a mandado de injunção por qualquer cidadão latino-americano residente no país; não haveria necessidade de um preceito constitucional a determinar a integração latino-americana, já que essa ocorreria naturalmente; e, por último, a integração política determinada no texto seria contrária à soberania nacional. O eminente Relator destacou que a matéria era de cunho polêmico e exigia uma apurada reflexão. No entanto, o Plenário da Constituinte rejeitou a supressão total ou mesmo parcial do texto, e optou por reintegrá-lo ao texto permanente, como parágrafo único do art. 4°.[18]

Para a elaboração da redação final foi criada uma Comissão de Redação, com o objetivo de sistematizar e elaborar um texto final de Constituição a ser submetido ao Plenário da Constituinte. Quanto ao art. 4°, parágrafo único, foi sugerida apenas uma emenda, da lavra do Deputado Nelson Aguiar, do Espírito Santo. O nobre deputado propôs uma emenda cujo o objeto era substituir a expressão *"A República Federativa do Brasil buscará a integração (...)"* pelo texto *"É dever da República Federativa do Brasil buscar (...)"*, sob o fundamento de que a substituição poderia vir a oferecer uma maior força normativa ao preceito constitucional, passando de uma mera declaração à um dever constitucional.[19]

Não logrando êxito a proposta de emenda, o texto final, sob o nome de Projeto de Constituição (D), foi levado ao Plenário e submetido à votação, sendo promulgado o texto definitivo em 8 de outubro de 1988. O art. 4° da Constituição, norteador dos princípios constitucionais acerca das relações exteriores, ficou assim redigido:

> "Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
> I - independência nacional;
> II - prevalência dos direitos humanos;
> III - autodeterminação dos povos;
> IV - não-intervenção;
> V - igualdade entre os Estados;
> VI - defesa da paz;
> VII - solução pacífica dos conflitos;
> VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
> IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
> X - concessão de asilo político.
> Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações".[20]

---

17 DALLARI, Pedro. **Constituição e relações exteriores.** São Paulo: Saraiva, 1994. p. 144.

18 *Ibidem*. p. 144-145.

19 *Ibidem*. p. 146.

20 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Atualizada até a Emenda Constitucional nº 48/2005. Disponível em http://www.planalto.gov.br , acesso em 25/11/2005.

4.2 Revisão Constitucional de 1993-1994

Com a instalação do processo de revisão constitucional, houve uma nova oportunidade de alteração dos princípios norteadores das relações exteriores do Brasil. Foram apresentadas 28 proposições de alteração do texto do art. 4° da Carta Magna.

As propostas foram divididas em quatro grupos pelo Relator-geral do processo revisional, Deputado Nelson Jobim, do Rio Grande do Sul, atual Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal. O primeiro grupo tratava da possibilidade de o Brasil ingressar em um processo de integração econômica de Estados. O segundo, formado por proposições de revisão do art. 4° da Carta Magna, previa a ampliação da integração do Brasil com outras nações, não necessariamente incluídas na América Latina. O terceiro e quarto grupo tratavam de questões não referentes à integração sul-americana, como por exemplo, o não reconhecimento de governos e territórios que estivessem ocupados por forças militares, e o repúdio à sabotagem, golpismo, tráfico internacional de entorpecentes, entre outras situações.[21]

Outras proposições de grande importância foram apresentadas, v.g., a que conferia aos tratados hierarquia superior às leis.

O relator, em seu parecer, entendeu por rejeitar todas as proposições incluídas nos grupos dois, três e quatro, resumidamente, sob os seguintes argumentos: a) segundo grupo - a norma inserta no art. 4°, parágrafo único é de natureza programática, sendo assim, não há necessidade de inserir no texto constitucional a possibilidade de ingresso de outros países, fora do espaço da América Latina, já que a norma não pretende ser restritiva, apenas vem "consagrar os históricos laços de afinidade com os povos latinos"; b) terceiro grupo - o relator refuta as proposições deste, afirmando ser impossível a norma constitucional regular todas as relações humanas, ressaltando uma exceção em que é lícito a ocupação militar de um território por forças militares estrangeiras: quando o Conselho de Segurança da ONU assim deliberar; e c) quanto ao quarto grupo, singelamente, o relator aduz que a inclusão de novos incisos se faz desnecessária, tendo em vista o texto constitucional já contemplava as sugestões apresentadas.[22]

Vale destacar os motivos da rejeição do relator quanto a sugestão de conferir aos tratados e demais compromissos internacionais hierarquia superior às leis:

> "Não se encontra suficientemente pacificada na doutrina a concepção monista, com primazia do direito internacional. Pelo contrário, a matéria é objeto de acalorados debates. Também no direito comparado, as constituições evitam tomar posição sobre este tema. A seu turno, a jurisprudência brasileira tem-se mostrado favorável à tese dualista, ou seja, à existência de duas ordens jurídicas, internacional e interna, independentes entre si. Seria, assim, temerária e prematura a inclusão, no texto constitucional, de dispositivo semelhante".[23]

Restou apenas o primeiro grupo, o qual foi dividido em três subgrupos para melhor análise: o primeiro defendia a necessidade prévia de aprovação pelo Congresso Nacional para conferir aplicabilidade às normas de direito comunitário na ordem interna. Essa sugestão foi rejeitada pelo relator, em razão do que acarretaria em uma lentidão do processo legislativo comunitário, haja vista que todos os atos de direito comunitário iriam ter que submeter-se ao crivo do legislador nacional.[24]

---

[21] DALLARI, Pedro. **Constituição e relações exteriores.** São Paulo: Saraiva, 1994. p. 192.

[22] *Ibidem*. p. 192-193.

[23] REVISÃO CONSTITUCIONAL. **Parecer do relator ás propostas revisionais e respectivas emenda, apresentadas aos arts. 1º a 4º, da Constituição Federal (Parecer nº 1, de 1994 – RCF).** Brasília: Congresso Nacional, 1994. p. 5-18.

[24] DALLARI, Pedro. **Constituição e relações exteriores.** São Paulo: Saraiva, 1994. p. 195.

Ora, isso parece ir contrário ao princípio da supremacia da ordem comunitária e da aplicabilidade imediata, sendo desnecessária a alteração, já que não mudaria em nada o sistema dualista vigente no Brasil. A referida proposta apenas conferiria maior legitimidade às decisões comunitárias, contudo, retiraria o grau de autonomia dos órgãos de decisão da comunidade, não podendo se falar, nesse caso, de direito comunitário ou supranacionalidade, mas sim, de direito da integração, o que já existia no Mercosul à época da revisão constitucional.

O segundo subgrupo de propostas sugeria a instalação de uma Comissão Especial Mista no Congresso Nacional para analisar previamente e acompanhar o processo integracionista no qual porventura o Brasil estivesse incluído. Esse subgrupo foi rejeitado pelo relator, por entender que nem todos os atos internacionais subscritos pelo Poder Executivo deveriam passar pela apreciação do Poder Legislativo. Cita, como exemplo, a desnecessidade de exame pelo Legislativo, o ato de reconhecimento de governo estrangeiro, frisando que apenas é imprescindível nos casos em que o ato internacional acarrete em compromissos gravosos ao patrimônio nacional, consoante o art. 49, I, da CF.[25] Acertada a rejeição da proposta, já que a obrigatoriedade de exame congressual de todos os atos internacionais extrapola a competência do Legislativo preconizada pela Carta Magna, configurando vício de inconstitucionalidade por afronta ao princípio da separação dos poderes.

O terceiro subgrupo patrocinava a posição de que as normas oriundas das organizações internacionais passariam a ter aplicabilidade imediata desde que os tratados constitutivos assim determinassem. Ora, essa seria a alteração constitucional ideal para impulsionar e consolidar o Mercosul.[26] Esse subgrupo era composto por uma única proposição de autoria do Deputado Adroaldo Streck, do Rio Grande do Sul, com o propósito de substituir o parágrafo único do art. 4° da Constituição por três parágrafos, assim expressos:

> "1° As normas de direito internacional são parte integrante do direito brasileiro.
>
> 2° A integração econômica, política, social e cultural, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações, constitui objetivo prioritário da República Federativa do Brasil.
>
> 3° Desde que expressamente estabelecido nos respectivos tratados, as normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais, de que o Brasil seja parte, vigoram na ordem interna brasileira".[27]

O Deputado-relator Nelson Jobim posicionou-se favorável à proposta, entendendo que ela facilitaria a aplicabilidade das normas oriundas das organizações internacionais em que o Brasil fizesse parte, ressaltando que a aplicabilidade imediata deveria estar expressamente disposta no tratado constitutivo. Destaca ainda, que não há vulneração da soberania nacional, já que o Congresso Nacional deveria aprovar o tratado constitutivo que autorizasse a vigência imediata das normativas daquela organização internacional. No entanto, o relator procedeu uma modificação no texto original, a fim de esclarecer que apenas as normas gerais ou comuns do direito internacional poderiam obter vigência imediata.[28]

---

25 *Ibidem*. p. 195-196.

26 Vale destacar aqui, a posição contrária do professor Ricardo Alonso Gárcia, segundo o qual, rejeita a idéia de instituição de organismos supranacionais no atual momento do Mercosul, por exemplo. Ademais, o renomado catedrático da Universidade Complutense de Madrid entende que a implementação de organismos supranacionais deve vir aliada a sustentabilidade do bloco regional, não devendo ser utilizada para antecipar o processo de integração jurídica em face do processo de integração econômico. IN: *I Seminário de Direito da Integração do Mercosul*, out. 2005, Superior Tribunal da Justiça, Brasília (DF).

27 REVISÃO CONSTITUCIONAL. **Proposta de Revisão Constitucional nº 1079-1, de autoria do Sr. Deputado Adroaldo Streck**. Brasília: Congresso Nacional, 1994.

28 DALLARI, Pedro. **Constituição e relações exteriores.** São Paulo: Saraiva, 1994. p. 197-198.

Enviada ao Plenário do Congresso Nacional, em 2 de fevereiro de 1994, a proposta foi rejeitada por 168 votos a favor e 144 contrários, e ainda, 7 abstenções. Portanto, não alcançou a maioria absoluta de 293 votos favoráveis para a aprovação do projeto.

Não obstante a rejeição da proposta revisional, parecem ter sido frutíferas as discussões ocorridas no seio da Revisão Constitucional. Várias propostas alternativas foram apresentadas visando solucionar o problema do atraso constitucional brasileiro, no tocante a matéria de reconhecimento da supremacia do Direito Internacional Público, sobretudo o direito de integração, em face do Direito doméstico.

4.3 Discussão doutrinária

A discussão doutrinária passa pela questão da delegação de soberania à organismos supranacionais, além da concretização dos princípios do efeito direito e da aplicabilidade imediata das normas integracionistas, v.g., do Mercosul.

Para a instituição de organismos supranacionais no Mercosul é necessária a existência de três características: a) o princípio da primazia, que é a capacidade de as normas derivadas dos tratados de integração regional prevalecerem, em caso de conflito, sobre as normas de direito interno; b) o princípio do efeito imediato, ou seja, a capacidade que a norma tem de ingressar no direito doméstico de cada Estado Parte, sem necessitar de incorporação por algum meio ou forma de legislação nacional; e c) o princípio do efeito direto, qual seja, a qualidade que a norma comunitária tem de produzir direitos e obrigações tanto para os Estados Partes e instituições comunitárias, como para as pessoas física e jurídica.[29]

É certo que a soberania clássica nos moldes concebidos por Jean Bodin já não mais vigora há tempos no constitucionalismo moderno, no entanto, a Carta Magna apresenta em suas raízes uma noção de soberania ainda arraigada no conceito clássico. Celso Ribeiro Bastos, eminente constitucionalista, comentando a Constituição Cidadã, afirma que a noção de soberania transposta para a Carta Fundamental é aquela a qual *"significa que dentro do nosso território não se admitirá força outra que não a dos poderes juridicamente constituídos, não podendo qualquer agente estranho à Nação intervir no seus negócios"*[30]. Essa concepção de soberania não encontra mais guarita na ordem jurídica internacional, já que, hoje, há uma constante interdependência de fato entre os Estados na busca pela convivência pacífica e colaboração econômica.

A característica antes ilimitada do conceito de soberania dificilmente pode ser argüida nos dias atuais, talvez perante a ordem jurídica interna, no entanto, de forma alguma se relacionado à ordem jurídica externa. Não queremos dizer que ela tenha caducado, perdido a sua eficácia, apenas há uma limitação diante do quadro de integração econômica e política na ordem internacional.

Observamos que o legislador constituinte ainda possuía, à época da elaboração de nossa Carta Magna, uma visão ultrapassada do termo soberania, principalmente, a enfatizando em sua redação com o termo "nacional", logo após àquela. De qualquer forma, 5 anos depois já percebemos o avanço da *mens legis,* quando debatida a revisão do parágrafo único do art. 4º da Carta constitucional, contudo, sem sucesso à época.

Eminentes internacionalistas vêem com extrema cautela a possibilidade de autorização, de acordo com o atual texto constitucional, da inserção do Brasil em um cenário de integração supranacional. Vale mencionar a posição do professor Luiz Olavo Baptista sobre o tema:

---

[29] PEROTTI, Alejandro Daniel. **Habilitación Constitucional para la Integración Comunitaria.** 2ª ed. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2004. p. 192-193.

[30] BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 147.

"Trata-se aqui, fundamentalmente, de matéria de limites: o limite que as ordens constitucionais impõe e, também, os limites políticos que a vontade nacional traça, aos quais já fizemos referência.

Há obstáculos na ordem constitucional para a criação de organismos supranacionais nos moldes daqueles utilizados na União Européia, tanto para o exercício de funções normativas como das judiciais, e em parte, pelo menos, das administrativas.

A principal função dos órgãos supranacionais da UE, que é a de expedir normativas e regulamentos comunitários encontra, com certeza, forte obstáculo na ordem constitucional brasileira. Um organismo como o Conselho da UE acumula funções legislativas com as administrativas, o que afrontaria a regra da separação dos poderes, que faz parte da chamada cláusula pétrea da Constituição".[31]

O professor ressalta ainda que os artigos 22 e 24 da Carta Magna poderiam vir a ser óbice para delegação de competências legislativas para um organismo internacional, pois tratam de competência privativa da União em concorrência com os Estados e Municípios, portanto, indelegáveis até mesmo para o Executivo do país.

Com efeito, entende o ilustre professor que sem uma reforma da Constituição, seria inviável a ratificação de tratados sobre essa matéria. Denota, ainda, que uma reforma constitucional, sem dúvida alguma, lesaria o princípio da separação dos poderes, cláusula pétrea da Constituição.

No mesmo sentido, o constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho explicita em sua obra "Comentários à Constituição brasileira de 1988", que a leitura que deve ser feita do art. 4º, parágrafo único é de *"um objetivo prefixado para a política internacional do Brasil"*[32]. Essa interpretação restrita do preceito constitucional parece ter origem no fato de que no âmbito da Assembléia Constitucional de 1988, houve quem entendesse que o preceito integracionista deveria ser alocado nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, vez que a norma consubstanciava-se em um objetivo a ser alcançado no tempo, não justificando a sua inclusão no texto constitucional permanente. Assim, entendem aqueles que a norma integracionista é ausente de mecanismos que lhe dêem aplicação imediata, resultando em uma simples regra programática.

Em contraposição a tese do Professor Olavo, há aqueles que defendem a aplicação imediata do preceito constitucional integracionista e acreditam que esse dispositivo confere autorização para o Brasil buscar a integração latino-americana, inclusive, com a participação em órgãos supranacionais.[33]

BASTOS afirma que *"o presente dispositivo deixa certo que o País conta com a autorização constitucional para buscar a sua integração em uma comunidade latino-americana de nações"*[34]. Essa parece ser a interpretação mais adequada, vez que concretiza a constituição diante dos fatores reais atuais na ordem mundial, já que como dito anteriormente, inconcebível seria a interpretação restritiva da norma constitucional, tendo em vista que à época de sua construção, o Brasil já participava de processos de integração, v.g., ALADI. Sendo assim, não haveria porque o legislador conceber a referida norma no texto constitucional, se não o fosse para permitir que o país avançasse nos processos de integração supranacionais.

Na mesma direção, PEROTTI ressalta que o legislador constitucional foi categórico e deixou de maneira expressa a vontade e auto-aplicabilidade do preceito constitucional do art. 4º,

---

31 BAPTISTA, Luiz Olavo. As instituições do Mercosul Comparações e Prospectiva. IN: **O Mercosul em movimento.** Deisy de Freitas (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 58-59.

32 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 21.

33 BASTOS, Celso Ribeiro & MARTIS, Ives Granda apud DALLARI, Pedro. **Constituição e relações exteriores**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 184.

34 BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. 1º vol. São Paulo: Saraiva, 1988. P. 414.

parágrafo único.[35] Destaca ainda, que as normas programáticas possuem um caráter imperativo, resultando em normas-fim ou normas-tarefa, juridicamente vinculantes, conforme ensina Canotilho acerca desse tipo de norma que *"têm uma estrutura própria mas isso não significa que sejam desprovidas de juridicidade, vinculatividade e aplicabilidade"*.[36]

5 Mercosul, Soberania e a Constituição de 1988

Como já mencionado, a norma constitucional integracionista, para alguns, é uma prescrição constitucional aberta, que necessita de uma "regulamentação", rejeitando a hipótese de sua possível aplicação imediata.

Ora, diante da metódica concretizante de Friedrich Müller, vislumbra-se no horizonte normativo a possibilidade de uma interpretação condizente com a atual realidade vigente na ordem internacional, qual seja, a de que o art. 4º, parágrafo único, da Carta Magna de 1988, autoriza a participação do Brasil em processos de integração supranacionais.

A partir de uma interpretação gramatical da norma, não encontramos nenhum obstáculo à criação de organismos supranacionais, v.g. no Mercosul, pelo contrário, o fato de o texto constitucional mencionar a expressão *"integração política"* permite concluir que está autorizado a delegação de soberania e atribuições estatais à órgãos supranacionais no Mercosul, sem que com isto, o Brasil esteja participando ou ratificando algum acordo inconstitucional.

MÜLLER destaca que o teor literal da norma *"demarca as fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido, isto é, funcionalmente defensáveis e constitucionalmente admissíveis"*[37], o que justifica o fato de que não podemos descartar a possibilidade de aplicação imediata da referida norma, simplesmente, porque o teor literal desta é aberto ou supostamente incompleto. O texto da norma jamais será completo, a ponto de prescrever obrigações e deveres aos subjugados, uma vez que o âmbito normativo é quem lhe dá sentido, sendo este apenas seu limitador ou orientador.

Foi possível observar que o legislador constitucional, diante de uma interpretação histórica, não apresentou obstáculos à participação do país em processos de integração. A discussão que houve, muito embora desconhecida de muitos na época, era acerca de que processo de integração o Brasil deveria ou poderia fazer parte. Ou seja, o país poderia apenas participar de modelos intergovernamentais de decisão ou avançar, seguindo o paradigma da União Européia, rumo a supranacionalidade? Não se pode afirmar com toda certeza, que o legislador de 1988 e revisor de 1994 tenham criado objeções ao aspecto supranacional, muito embora, o resultado tenha sido negativo nas tentativas de modificação do texto constitucional. No entanto, é fato hoje que a mutação constitucional não espera por reformas ou revisões para transformação da sociedade ou adequação da interpretação da Carta Magna à essa realidade social.

Vale explicitar que as interpretações histórica e genética seriam *"quanto ao seu objeto pontos de vista auxiliares no âmbito do aspecto gramatical: como se chegou a presente formulação? Que idéias acerca do sentido e que intenções de regulamentação conduziram – por um lado, de forma igualmente histórica, mas com ligação genética com ele – à presente formulação da norma jurídica?"*[38] Desta forma, revela-se flagrante, diante da demonstração promovida, que essas duas interpretações são favoráveis à possibilidade de participação do Brasil em processos de integração com cunho supranacional, já que a

[35] PEROTTI, Alejandro Daniel. **Habilitación Constitucional para la Integración Comunitaria**. 2ª ed. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2004. p. 194.

[36] CANOTILHO, José Joaquim Gómez apud PEROTTI, Alejandro Daniel. **Habilitación Constitucional para la Integración Comunitaria**. 2ª ed. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2004. p. 195.

[37] MÜLLER, Friedrich. Metódos de trabalho do Direito Constitucional. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 75.

[38] MÜLLER, p. 77.

discussão histórico-genética houve em duas oportunidades memoráveis para a elaboração do preceito jurídico do art. 4º, parágrafo único, da Constituição Federal, não carecendo a norma de fundamentação político-jurídica. MÜLLER destaca a importância dessas interpretações, vez que elas ajudam a precisar as possíveis variantes de conteúdo para demarcação espacial do teor literal da norma.[39]

Analisando os processos de integração dos quais o Brasil fazia parte, anteriormente a vigência da Constituição de 1988, verificamos um quadro global de direito pré-constitucional, que justifica a interpretação da norma integracionista como uma avanço conquistado a permitir a supranacionalidade nesses blocos econômicos regionais. Ora, anteriormente à ordem constitucional atual, o Brasil já participava de organismos internacionais e blocos regionais (ALADI), sob a vigência do procedimento intergovernamental. Contudo, a referida norma, inédita na histórica constitucional, veio com o objetivo de impulsionar de vez os processos de integração, dotando-os de possível caráter supranacional, se houvesse necessidade.

Ainda que se concorde com essa interpretação constitucional, haveria uma possível lesão ao princípio da soberania nacional, já que permitiria a delegação desta última. Diante desse espectro, há de se aplicar a concordância prática nesse caso, como elemento de sobreposição parcial dos seus âmbitos normativos. Ora, tendo em vista a colisão de normas constitucionais, a melhor solução é aquela que conformar os âmbitos normativos, otimizando todas as normas, sem, contudo, positivar ou negar nenhuma delas. MÜLLER ressalta que *"a concretização não deve atribuir globalmente, no sentido da 'ponderação', o 'primado' a uma norma e fazer a outra 'recuar para o segundo plano', de forma igualmente global"*[40]. Assim, não devemos negar inteiramente nenhuma das duas normas e nem ao menos positivar integralmente ambas, mas concordar os dois âmbitos normativos, a ponto de minimizarmos a colisão em favor de uma política constitucional.

Nesse sentido, a solução que se vislumbra é aquela que permita a interpretação da norma constitucional integracionista sem lesionar integralmente o princípio da soberania. Mas qual seria essa interpretação? É aquela que permite ao Estado brasileiro participar dos processos de integração, inclusive com organismos supranacionais, no entanto, com liberalidade de ratificar ou não reformas aos tratados constitutivos desses mesmos processos de integração, quando entender que os limites mínimos de sua soberania nacional foram atingidos. Essa interpretação parece solucionar o problema, dando preferência a um ponto de vista que oferece efetividade ao parágrafo único do art. 4º da Carta Política, em consonância com a força normativa da constituição.

Outrossim, a concretização da norma constitucional integracionista deve passar à luz dos elementos de concretização do âmbito da norma e do caso. A análise das ciências sociais e humanas demonstra um campo de visão favorável a essa interpretação constitucional defendida no texto. As cinco liberdades comunitárias, sobretudo as trocas de bens de consumo, trabalhadores e serviços nos processos de integração estão cada vez mais sedentas de segurança jurídica para progredirem, no entanto, a falta de organismos supranacionais, v.g., um tribunal de justiça comunitário no Mercosul, acarreta numa diminuição de investimentos estrangeiros e, por conseguinte, numa diminuição de volume nas transações comerciais.

Ademais, a freqüente instabilidade política na região do cone sul demonstra a necessidade de se deslocar o eixo de decisões do Mercosul, retirando das instâncias executivas nacionais e transferindo em parte para instâncias extraordinárias ou supranacionais. Nesse sentido, a criação

---

[39] MÜLLER, p. 77.

[40] MÜLLER, p. 77.

do Parlamento do Mercosul foi um firme passo rumo a um modelo de integração mais robusto, que poderia culminar em um sistema supranacional, devido ao caráter democrático que a representação cidadã leva às decisões emanadas do bloco. No entanto, conforme supra demonstrado, é necessária uma releitura do texto constitucional para dar a este órgão e aos outros que porventura venham a ser criados, embasamento constitucional para sua atuação.

BIBLIOGRAFIA

BAPTISTA, Luiz Olavo. As instituições do Mercosul Comparações e Prospectiva. IN: **O Mercosul em movimento**. Deisy de Freitas (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994

_____. **Comentários à Constituição do Brasil**. 1º vol. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____ ; MARTIS, Ives Granda apud DALLARI, Pedro. **Constituição e relações exteriores**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BODIN, Jean. **Los seis libros de la republica**: seleccion, estudio preliminar y traduccion de PedroBravo Gala. Madrid: Tecnos, 1986.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Atualizada até a Emenda Constitucional nº 48/2005. Disponível em http://www.planalto.gov.br , acesso em 25/11/2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gómez apud PEROTTI, Alejandro Daniel. **Habilitación Constitucional para la Integración Comunitaria**. 2ª ed. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2004.

DALLARI, Pedro. **Constituição e relações exteriores**. São Paulo: Saraiva, 1994.

DREYZIN DE KLOR, Adriana. **El Mercosur. Generador de una nueva fuente de derecho internacional privado**. Buenos Aires: Zavalia, 1997

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1990.

FLORÊNCIO, Sérgio Abreu e Lima, ARAÚJO, Ernesto Henrique Fraga. **MERCOSUR, proyecto, realidad y perspectivas**. Trad. Maria del Carmen Hernández Gonçalves. Brasilia:Vest-Con, 1997.

FURLAN, Fernando de Magalhães. **Integração e soberania: o Brasil e o Mercosul**. São Paulo: Aduaneiras, 2004.

HARGAIN, Daniel; MIHALI, Gabriel. **Circulación de Bienes en Mercosur.**

Montevidéu: Julio Faira Editor, 1998.

JÚNIOR, Alberto do Amaral. **Mercosul: características e perspectivas**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 37 n. 146 abr./jun. 2000.

KERBER, Gilberto. **Mercosul e a Supranacionalidade.** São Paulo: LTr, 2001.

MAGALHÃES, Marco Túlio Reis. Hermenêutica Constitucional: Comparação das Teorias de Konrad Hesse e Friedrich Müller. IN: **Revista Jurídica da Presidência da República,** v.7, n. 75, outubro/novembro de 2005. Disponível em http://www.planalto.gov.br. Acesso em 30/11/05.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Internacional da Integração.** Rio de Janeiro: Renovar, 1996

MÜLLER, Friedrich. **Metódos de trabalho do Direito Constitucional.** São Paulo: Max Limonad, 2000.

PEROTTI, Alejandro Daniel. **Habilitación Constitucional para la Integración Comunitaria**. 2ª ed. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2004.

REVISÃO CONSTITUCIONAL. **Parecer do relator ás propostas revisionais e respectivas emenda, apresentadas aos arts. 1º a 4º, da Constituição Federal** (Parecer nº 1, de 1994 - RCF). Brasília: Congresso Nacional, 1994.

REVISÃO CONSTITUCIONAL. **Proposta de Revisão Constitucional nº 1079-1**, de autoria do Sr. Deputado Adroaldo Streck. Brasília: Congresso Nacional, 1994.

Actualité de la Justice Militaire dans les travaux des Organes des Nations Unies

Emmanuel Decaux*

C'est pour moi un grand honneur de participer à ce volume publié pour marquer le bicentenaire de l'institution de la justice militaire au Brésil. Tout débat de fond sur l'existence, voire la légitimité d'une justice militaire, doit prendre en compte l'extrême diversité des expériences dans le temps comme dans l'espace. Sans nul doute la justice militaire brésilienne a-t-elle beaucoup évoluée elle aussi entre la période impériale et la Constitution fédérale de 1988. Tout comme le superbe Palacio do Itamaraty de Brasilia où s'est tenu en novembre 2007 un *séminaire d'experts sur les droits de l'homme et l'administration de la justice par les tribunaux militaires* n'a que le nom de commun avec le noble Palacio Itamaraty de Rio où officiait comme ministre des affaires étrangères un Barao do Rio Branco[1]. Mais cette continuité est un atout précieux pour une jeune nation qui mêle le meilleur de la vieille Europe et du nouveau monde.

De même chaque expérience historique est singulière. Ainsi dans la tradition française, la justice militaire est associée à des épisodes particulièrement sombres. L'affaire Dreyfus marque un tournant[2]. Ce n'est pas un hasard si la Ligue des droits de l'homme, créée en 1898, lance dès 1904 une pétition pour l'abolition des Conseils de guerre, considérant que leur « *abolition immédiate* [est la] *seule réforme efficace* ». Après l'arrêt de la Cour de cassation qui proclame enfin l'innocence du capitaine Dreyfus le 12 juillet 1906, la question est relancée. Le président de la Ligue, Francis de Pressensé s'enflamme : « *L'heure a sonné de faire disparaître ce scandale des scandales, cette juridiction de classe, de caste, de coterie, de secte, de parti* »[3]. La grande guerre comme les campagnes coloniales ne font qu'aviver le débat, malgré la censure. En 1920, la Ligue dénonce ce qu'elle appelle « *les crimes de la guerre* » en demandant la révision de certains procès et la réhabilitation des victimes, mais surtout elle lance une réflexion de fond. C'est le général Sarrail qui présente en 1921 un rapport particulièrement critique à l'égard de la nouvelle législation, en souhaitant « *qu'il n'y eut même pas de magistrats militaires en temps de paix ; qu'on se contenta d'une justice unique, et qu'on admit, seulement en temps de guerre, des tribunaux militarisés* ».

Mais il faut également souligner qu'en France, au début du XIXème siècle, après les crimes des tribunaux révolutionnaires et les bassesses de la justice politique, la justice militaire a pu parfois se montrer exemplaire. Pour s'en tenir à un exemple aujourd'hui bien oublié, il faut évoquer le souvenir d'Armand Carrel, jeune Saint-Cyrien démissionnaire, qui avait participé en 1823 à la « *légion libérale étrangère* » mobilisée lors de la campagne d'Espagne entreprise par les Bourbons au nom de la Sainte Alliance.». Comme l'écrit Emile Littré, *« les périls de la justice militaire attendaient Carrel échappé aux périls de la guerre* ». Condamné à mort par un premier conseil de guerre à Perpignan, il multiplia les recours en révision, avant d'être acquitté par ses pairs lors d'un nouveau procès à Toulouse en 1824. Armand Carrel avait pourtant pratiqué une défense de rupture, invoquant « *l'incompétence du conseil, d'abord comme tribunal, puisque je suis sous la sauvegarde du droit des gens, ensuite comme tribunal militaire, puisqu'il était de mon honneur de décliner cette juridiction* »[4].

---

* Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II

1 José Maria da Silva Paranhos, *Barao do Rio Branco, uma biografia fotografica*, Fundaçao Alexandre de Gusmao, 2002.

2 Pour les dysfonctionnements de la justice militaire, cf. notamment le deuxième procès devant le Conseil de guerre de Rennes en 1899. *L'Affaire Dreyfus : minutes du procès de Rennes*, Dalloz, 2006.

3 Henri Sée, *Histoire de la Ligue des droits de l'homme*, LDH, 1927.

4 Notice biographique d'Emile Littré, in *Oeuvres* d'Armand Carrel, tome I, Chamerot, 1857.

Les débats actuels autour de la justice militaire viennent de loin, et on pourrait multiplier les exemples les plus divers à ce sujet à travers le monde, des Etats-Unis à la Chine, de la Russie à l'Australie, du Royaume-Uni à l'Inde, de la Belgique à l'Egypte, du Canada à la Turquie... Notre propos sera beaucoup plus modeste et visera à évoquer la dynamique qui a marqué les travaux récents de la Sous-Commission des droits de l'homme des Nations Unies. Il est significatif que le séminaire organisé en novembre 2007 par le Haut-Commissariat aux droits de l'homme des Nations Unies, le Ministère brésilien des relations extérieures et le Tribunal supérieur militaire, avec le concours de la Commission internationale des juristes, fasse écho dans son titre au thème de l'étude qui m'avait été confiée par la Sous-Commission des droits de l'homme[5].

Ce faisant, la Sous-Commission a montré une fois de plus qu'elle savait faire preuve d'imagination et d'empirisme pour surmonter des obstacles qui semblaient a priori insurmontables[6]. L'étude sur la justice militaire a en effet trouvé son point de départ en 2001 au sein du groupe de travail sur l'administration de la justice, avec un document de travail préparé par Louis Joinet - qui était à l'époque Premier avocat général à la Cour de cassation - sur *« les défis et enjeux de l'administration de la justice par les tribunaux militaires* ». D'autres tentatives avaient été faites en vain dans le passé, notamment en 1985 où la Sous-Commission avait échoué à obtenir de la part de la Commission des droits de l'homme un rapporteur spécial sur « *l'abolition des tribunaux militaires* » dans une tactique frontale. L'étude pionnière de Louis Joinet esquissait la problématique et la structure du sujet, à travers notamment un questionnaire (E/CN.4/Sub.2/2001/WG.1/CRP.3 et annexe). L'année suivante, il présentait à la Sous-Commission un « rapport » qui précisait sa philosophie générale, en distinguant deux horizons : une finalité politique ultime consistant dans l'abolition complète de la justice militaire, mais également un objectif technique transitoire s'attachant à « civiliser » la justice militaire (E/CN.4/Sub.2/2002/4). La même année, la Sous-Commission décidait de poursuivre le travail ainsi entamé, en confiant au nouvel expert français élu en 20002 le soin de présenter une mise à jour de l'étude en cours sur la « question de l'administration de la justice par les tribunaux militaires». Ce passage de relais, savamment organisé par Louis Joinet lui-même, rendait irréversible le travail entamé, en l'absence de tout feu vert en bonne et due forme de la Commission des droits de l'homme.

C'est dans cet esprit que j'ai présenté une série de rapports annuels, comportant la formulation de principes de plus en plus détaillés et précis : d'abord 13 principes (E/CN.4/Sub.2/2003/4) ensuite 17 (E/CN.4/Sub.2/2004/7), puis 19 (E/CN.4/Sub.2/2005/9) et enfin 20 dans la dernière version transmise à la Commission des droits de l'homme (E/CN.4/2006/58). Ce travail de lente maturation n'aurait pu avoir lieu sans l'appui général de la Sous-Commission, qui a chaque étape a adopté au consensus des résolutions substantielles pour encourager et orienter le travail en cours. Qu'il me soit permis de rendre à cette occasion un hommage appuyé au rôle de Paulo Sergio Pinheiro qui, comme président de la Sous-Commission, a été un collègue et un ami éloquent et chaleureux, sur qui l'on pouvait toujours compter, même dans les moments les plus difficiles pour la Sous-Commission. La Sous-

---

5 Cette étude est une mise à jour de la présentation faite sous le titre « *La dynamique des travaux de la Sous-Commission des droits de l'homme et l'évolution de la position des Etats* » à l'occasion d'une publication de référence *Juridictions militaires et tribunaux d'exception en mutation, perspectives comparées et internationales*, Elisabeth Lambert Abdelgawad (ed), édition des archives contemporaines, 2007 ; Cf. également notre contribution « Current challenges to military criminal justice systems », in *Implementing Human Rights Essays in Honour of Morten Kjaerum*, Danish Institute for Human Rights, 2007 et l'excellente étude de Claire Callejon sur les principes de la Sous-Commission des droits de l'homme, dans le n°6 de la revue *Droits fondamentaux*, www.droits-fondamentaux.org

6 Pour un premier bilan, notre communication sur « *la Sous-Commission des droits de l'homme de 1947 à nos jours* », in Relations internationales n°132 « Droits de l'homme et relations internationales-2 », (automne 2007), PUF. Cf. aussi Emmanuel Decaux (ed), *Les Nations Unies et les droits de l'homme, enjeux et défis d'une réforme*, Pedone, 2006.

Commission a ainsi donné son accord initial « pour développer des principes », avec la résolution 2003/8, avant d'apporter chaque année son soutien constant, lors des discussions de fond.

Mais le soutien des ONG a été tout aussi essentiel, notamment celui de la Commission internationale de juristes qui a accompagné le travail du rapporteur, contribuant à la réflexion collective en organisant à Genève deux séminaires particulièrement utiles, avec des juristes militaires venus de tous les horizons, le premier en janvier 2004, à une étape décisive de la maturation du rapport, et second en novembre 2006, marquant l'achèvement du mandat, avec l'appui officiel du Haut-Commissariat. Le séminaire de Brasilia en novembre 2007 marquait ainsi un troisième rendez-vous, avec des interlocuteurs qui avaient appris à se connaître et à s'apprécier. Le travail de fond mené à bien par Federico Andreu a été bien sûr décisif pour faire l'inventaire systématique des législations, des pratiques et des jurisprudences[7]. Parallèlement des initiatives universitaires comme celle de l'Unité mixte de recherche (UMR) de l'Université Paris I, fondée par Mireille Delmas-Marty et dirigée par Hélène Ruiz Fabri prolongeaient cette réflexion collective, avec des travaux de droit comparé cordonnés par Elisabeth Lambert[8]. Enfin, il faut mentionner les journées organisées chaque année à Oxford par le *Directorate of Legal Army Services*, pour favoriser des échanges confidentiels entre responsables de la justice militaire, notamment dans les pays du Commonwealth[9].

Mais en fin de compte, le travail de la Sous-Commission n'aurait pas pu déboucher sur des résultats tangibles, sans l'appui ultime de la Commission des droits de l'homme. L'étude a en effet acquis peu à peu, à mesure de son bon déroulement, une nouvelle visibilité à l'égard de la Commission. Celle-ci consacrait traditionnellement deux séries des résolutions, avec des parrains et des votes différents, d'une part à « *l'intégrité de l'appareil judiciaire* », d'autre part à « *l'indépendance et impartialité du pouvoir judiciaire* ». Avec le temps ces deux résolutions étaient devenues largement complémentaires, tout en se chevauchant, sans pouvoir être fusionnées pour des raisons politiques assez obscures. La résolution 2004/32 de 2004 et résolution 2005/30 (intégrité) – adoptées par 52 voix contre zéro, avec une abstention américaine – avaient marqué un premier recadrage de l'étude sur la justice militaire, en parlant assez curieusement de « *rapporteur spécial* », mais surtout elles apportaient des éléments de fond, servant de « fil conducteur » à l'étude, dans le droit fil des principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature. De son côté, la résolution 2005/33 (indépendance) – adoptée sans vote – comportait pour la première fois la demande officielle d'une « *version mise à jour des projets de principes* ». Ce faisant, elle tranchait un double enjeu pour la Sous-Commission, en lui demandant officiellement de transmettre le fruit des travaux en cours, ce qui validait rétrospectivement tout l'exercice, mais surtout en parlant de « principes », alors même qu'à la suite de la levée de bouclier au sein de la Commission des droits de l'homme contre les principes sur la responsabilité des entreprises multinationales, la compétence de la Sous-Commission pour élaborer de telles standards avait fortement été remise en question. En l'espèce, la Commission des droits de l'homme non seulement acceptait formellement le principe de principes, mais, sur le fond, elle entérinait également le principe des principes, à savoir l'idée que la justice militaire devait faire partie intégrante de l'appareil de la justice.

C'est ainsi que, après une dernière discussion générale sur la base du rapport (E/CN.4/Sub.2/2005/9) lors de la 57ème session de la Sous-Commission, une version révisée

---

7 Federico Andreu-Guzman, *Fuero military y dercho internacional*, Comision internacional de Juristas & Comision Colombiana de Juristas, Bogota, 2003.

8 *Juridictions militaires et tribunaux d'exception en mutation, perspectives comparées et internationales*, Elisabeth Lambert Abdelgawad (ed), édition des archives contemporaines, 2007

9 Pour l'expérience indienne, cf. l'ouvrage du Major General Nilendra Kumar, *Miltary Law, then, now & beyond,* Judge Advocate General's Department, 2005.

– avec un nouveau principe sur la loi martiale, introduit à la suggestion de Françoise Hampson, l'expert britannique, ce qui a entraîné une renumérotation de l'ensemble des vingt principes – a été transmise directement à la Commission en janvier 2006 (E/CN.4/2006/58). En l'absence de toute session substantielle de la Commission, il figure désormais sur l'agenda du Conseil des droits de l'homme. Celui-ci occupée depuis plus d'un an par la phase de construction institutionnelle n'a pas encore examiné les suites à donner à l'étude. Il sera intéressant de voir si l'année 2008 sera plus propice pour aborder le vif du sujet, même si il est sans doute nécessaire de laisser du temps au temps et de permettre aux principes de vivre leur vie, en faisant l'objet de débats et d'études, sans chercher une cristallisation prématurée.

A ce stade, sans anticiper sur ces discussions politiques de la part des Etats, il semble utile de revenir sur les options fondamentales de l'étude (I) avant d'évoquer les enjeux en matière de compétences (II) et d'organisation des juridictions militaires (III).

I. LES OPTIONS FONDAMENTALES DE L'ETUDE

Deux options avaient été laissées ouvertes par Louis Joinet dans son étude. Une certaine tradition politique, marquée en France par les juridictions d'exception au moment de la guerre d'Algérie, et plus encore par l'expérience latino-américaine visait à la suppression radicale des juridictions militaires. Pour nombre de militants des droits de l'homme, justice militaire et dictature militaire allaient la main dans la main. C'était seulement à titre de compromis que le rapport Joinet préconisait de procéder par étapes, en ayant pour objectif des réformes permettant de restreindre les compétences des juridictions militaires, dans un premier temps, tout en gardant à l'esprit comme but ultime leur suppression complète. Ce faisant, il retrouvait la dialectique entre réforme et révolution, en soulignant que la banalisation progressive de la justice militaire aboutirait en fin ce compte à sa disparition.

Mais, même en laissant à l'arrière-plan cet objectif ultime, il fallait également tenir compte de certaines hésitations juridiques. D'abord parce que le droit international humanitaire fait de la justice militaire une sorte de garde-fou face aux tentations du non-droit. C'est le cas de l'article 84 de la Convention de Genève sur les prisonniers de guerre, dont l'importance pour la détermination du statut des prisonniers de guerre a encore été soulignée par les débats sur les « ennemis combattants »). C'est également le cas de l'article 65, lui aussi essentiel en situation d'occupation militaire, comme le montre là aussi une actualité particulièrement chargée.

Bien plus, à s'en tenir à l'expérience de pays qui comme la France ont supprimé les juridictions d'exception en 1981, la suppression de la justice militaire est soumise à une double limitation, temporelle et territoriale, dans la mesure où elle ne concerne que le territoire national en temps de paix. De fait, le tribunal aux armées de Paris reste compétent pour juger les personnels basés en Allemagne ou participant à des opérations de maintien de la paix. En cas de « guerre », le rétablissement de la justice militaire serait nécessaire, même si l'on voit mal comment la généralisation d'un tel dispositif pourrait être improvisé à travers tout le territoire, en période de crise. En pratique, ce sont les juges ordinaires mobilisés qui seraient sans doute appelés à appliquer le « code de justice militaire », le régime de l'état de siège de la loi de 1849 conférant les pouvoirs civils aux autorités militaires étant à l'évidence inadaptée aux exigences élémentaires de la conception contemporaine de l'Etat de droit. Il n'en est que plus curieux de constater que lors de la refonte du code de justice militaire qui a fait l'objet de la loi du 5 mars 2007, l'exposé des motifs faisait état de la possibilité de rétablir la justice militaire, non seulement en cas de guerre – au sens du droit international – mais également en situation de crise interne, avec le régime de

l'état d'urgence ou même de l'état de siège[10]. Mais en dehors même de considérations évidentes de prudence politique, l'expérience du système belge, où la suppression de la justice militaire, motivée par des arguments de principe plus que considérations techniques, a été radicale, montre bien qu'il serait difficile de revenir en arrière. Sauf à « *militariser* » les juges ordinaires, pour reprendre l'expression du général Sarrail qui se trouve ainsi aux antipodes de l'inspiration de notre rapport qui sera au contraire à *« civiliser »* la justice militaire.

Dans le même temps, la multiplication récente des opérations extérieures, opérations de maintien de la paix dans le cadre des Nations Unies ou dans le cadre régional, opérations multilatérales au sein de l'OTAN ou de coalitions *ad hoc*, voire opérations nationales dans le cadre d'accords de défense, montre l'importance de disposer sur le terrain d'enquêteurs et de juges compétents et spécialisés. En l'absence de compétence extraterritoriale du juge national, les systèmes de *common law* sur le modèle britannique, rendent d'ailleurs indispensable l'existence d'une justice exportable, déployée sur le terrain, si l'on veut éviter la compétence territoriale du pays où se déroulent – bon gré, malgré – les opérations militaires. Mais au-delà de cet argument spécifique, il faut bien prendre en compte la nécessité d'un appareil judiciaire spécialisé. Non pour des raisons de corporatisme ou même d'esprit de corps, même si l'on peut penser qu'une enquête menée sur le terrain par un juge militaire sera plus efficace qu'une instruction menée à distance par un juge civil. Mais plutôt pour des motifs de spécialisation. Pour autant cette spécialisation n'est pas le monopole des « militaires » et tout juge, détaché dans des conditions qui garantissent son indépendance ou appartenant à la justice militaire, doit pouvoir acquérir cette expérience des obligations, des nécessités et des responsabilités propres de la vie militaire, au regard notamment du droit des conflits armés et du droit international pénal.

Dès lors, le choix du fil conducteur de l'étude s'est imposé avec de plus en plus de force. Il s'agit de « civiliser », de « banaliser » les juridictions militaires, en leur imposant les mêmes exigences de compétence, d'indépendance et d'impartialité que la justice ordinaire. Les juridictions militaires ne sont pas un monde à part, expédiente et expéditive, au dessus des lois, hors du droit commun, une justice d'exception, sans contrôle ni contrepoids, ouvrant la porte à tous les abus et n'ayant plus de « justice » que le nom…Elles doivent constituer une « partie intégrante de l'appareil judiciaire normal », comme le répète la Commission des droits de l'homme. Il s'agit, en un mot, d'en faire une justice digne de ce nom. La voie choisie est donc une voie moyenne qui refuse la « sacralisation » d'une justice militaire, appartenant à un autre ordre que la justice ordinaire, mais qui écarte également la « diabolisation » de la justice militaire, chargé d'un péché originel que rien ne saurait effacer.

Sur la base de cette option fondamentale, plusieurs questions de méthodologie se posaient. D'abord des questions concernant le contenu des principes. Si comme le dit encore la Commission des droits de l'homme « *l'intégrité de l'appareil judiciaire doit être respecté en toutes circonstances* », il convenait de sérier les composantes de ce principe, et d'énumérer les idées dans un ordre aussi logique que possible, malgré les contraintes formelles de toute étude des Nations Unies, à la fois quant à la longueur des documents et quant à leur contenu. Ainsi les principes et les commentaires sont inséparables pour bien comprendre les enjeux de l'étude. Malgré leur caractère général et abstrait, en l'absence de tout exemple concret, les principes répondent à une conception fonctionnelle de la justice militaire, soulignant son rôle résiduel mais sans doute aussi irréductible, même s'il importe de démontrer leur utilité marginale, par le biais d'évaluation périodique. Ils doivent s'imposer d'eux-mêmes par leur force logique, leur caractère « objectif »

[10] Sur cette problématique des circonstances exceptionnelles, Cf. notre rapport introductif au colloque organisé en 2007 par l'Université de Caen, à paraître.

dans le droit fil des principes généraux en matière de bonne administration de la justice. Autrement dit, les dérogations au droit commun devraient être strictement justifiées, notamment en matière de secret défense ou de procès à huis clos.

Ce faisant, le contenu des principes correspond à une codification à droit constant. Certains ont été tentés d'aller plus loin, qu'il s'agisse de l'abolition de la peine de mort (principe 19) ou de la question de l'objection de conscience (principe 6). A défaut de préconiser une abolition complète de la peine de mort, il semblait difficile d'ajouter de manière discrétionnaire de nouvelles « catégories » protégées, par rapport au droit positif, et notamment aux dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Mais la résolution 2004/25 de la Sous-Commission qui est citée dans le commentaire permet de franchir un pas supplémentaire, en recommandant d'exclure l'imposition de la peine de mort à des civils par les tribunaux militaires comptant en leur sein un ou plusieurs membres des forces armées. Cela devrait couvrir également le cas des objecteurs de conscience jugés comme déserteurs par des tribunaux militaires. La situation générale des objecteurs de conscience est particulièrement critique lorsqu'ils ne sont plus des « civils » et qu'ils servent déjà sous les drapeaux ou qu'ils sont rappelés comme « réservistes ». On peut avoir des doutes de principe sur l'impartialité de juges militaires chargés de se prononcer sur de telles situations considérées comme des « désertions » ou des « trahisons » devant l'ennemi. Force est de reconnaître sur ce point le blocage des travaux au sein des Nations Unies, malgré les rappels qui figurent dans la résolution 2004/35 de la Commission des droits de l'homme.

Inversement, il existe aussi des risques de régression dans les principes reconnus, comme le montre l'ambiguïté instaurée par la convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées de 2006, qui semble abandonner, sans doute pour des raisons tactiques, l'exigence expresse de voir juger les disparitions forcées par les juridictions civiles, conformément au principe posé par la déclaration de 1992 et reprise dans la convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes de 1994. L'article 11 §.3 de la nouvelle convention se borne à préciser que « toute personne jugée pour un crime de disparition forcée bénéficie d'un procès équitable devant une cour ou un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi ».

Une dernière série d'interrogations concernait la limite des principes. Par définition, les principes proposés restent très généraux et ne peuvent tenir compte de la diversité des expériences nationales, d'un point de vue historique, politique ou juridique. Dans certains cas, l'existence de la justice militaire est consacrée par la Constitution, du Brésil à la Chine. Dans d'autres, la justice militaire a été abolie, comme en Belgique, ou doit faire l'objet de réformes radicales, comme en Argentine. Dans d'autres hypothèses enfin, les standards régionaux, notamment ceux progressivement élaborés de la Cour européenne des droits de l'homme, ont eu un rôle moteur pour transformer les systèmes existants, comme au Royaume-Uni ou en Turquie. Il n'était pas possible, ni même opportun de tenter d'uniformiser toutes les situations. Il était nécessaire de fixer des règles minimales, de portée universelle, tout en laissant la porte ouverte à des normes plus strictes, dans le cadre régional ou national, voire à une abolition complète des juridictions militaires. D'où la formule récurrente « *les juridictions militaires, lorsqu'elles existent* …». L'objet premier des principes n'est pas tant de dire si les juridictions militaires doivent exister, mais comment elles doivent fonctionner. L'étude se place sur le terrain de la légalité, non de la légitimité.

Une autre limite à l'exercice concerne le fait que l'étude se limite aux juridictions militaires proprement dites, même si la Commission a parfois visé également le cas de «tribunaux pénaux spéciaux ». Il serait particulièrement utile de s'interroger sur l'existence et le fonctionnement d'autres juridictions d'exception, comme les juridictions politiques ou les tribunaux religieux, sans

parler des différentes formes de corporatisme professionnel et de « jugement par les pairs », qui relèvent aussi d'une conception « dérogatoire» de la justice, face au « juge naturel » de droit commun, mais il était de bonne méthode ne pas charger la barque.

Il n'est pas possible d'examiner ici en détail l'ensemble des vingt principes dégagés par la Sous-Commission, ils concernent aussi bien la détermination de leurs principales compétences, notamment leurs compétences matérielles et personnelles que l'organisation et le fonctionnement des juridictions militaires. Les principes forment ainsi une « grille de lecture » pour les Etats, visant à déterminer le champ de la justice militaire et partant, puisque dualité il y a, la « coexistence » entre juridictions militaires et juridictions ordinaires.

II. LES ENJEUX EN MATIERE DE COMPETENCES.

Le premier principe vise la «*Création des juridictions militaires par la constitution ou la loi »* : « Les juridictions militaires, lorsqu'elles existent, ne peuvent être créées que par la constitution ou la loi, dans le respect du principe de la séparation des pouvoirs. Elles doivent faire partie intégrante de l'appareil judiciaire normal ». Les Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature, adoptés par l'Assemblée générale en 1985, précisent que «l'indépendance de la magistrature est garantie par l'État et énoncée dans la Constitution ou la législation nationales. Il incombe à toutes les institutions, gouvernementales et autres, de respecter l'indépendance de la magistrature» (par. 1). Le principe de la séparation des pouvoirs va de pair avec l'exigence de garanties statutaires prévues au plus haut niveau de la hiérarchie des normes, par la constitution ou par la loi, en évitant toute immixtion du pouvoir exécutif ou de l'autorité militaire dans le fonctionnement de la justice. Ceci vaut, à l'évidence, pour les « commissions militaires » mises en place par le Président Bush, ainsi que l'a tout récemment constaté la Cour suprême des Etats-Unis.

À cet égard, la «*constitutionnalisation*» des tribunaux militaires qui existe dans plusieurs pays

ne doit pas les mettre hors du droit commun, au-dessus de la loi, mais bien au contraire les inscrire dans les principes de l'État de droit, à commencer par ceux de la séparation des pouvoirs et de la hiérarchie des normes. En ce sens, ce premier principe est inséparable de l'ensemble des principes qui suivent. Il est important de mettre l'accent sur l'unité de la justice. Comme le soulignaient MM. Stanislas Chernichenko et William Treat dans leur rapport final à la Sous-Commission sur le droit à un procès équitable présenté en 1994: «Il n'est pas créé de juridiction n'employant pas les procédures dûment établies conformément à la loi afin de priver les juridictions ordinaires de leur compétence.». Ou encore: «Les tribunaux sont indépendants du pouvoir exécutif. Le pouvoir exécutif ne doit pas s'immiscer dans les procédures judiciaires et les tribunaux ne peuvent jouer le rôle d'agents du pouvoir exécutif contre des particuliers».

Le principe 5 découle logiquement de cette protection des « particuliers » qui ne sauraient être soustraits à leur « juge naturel ». Il souligne en ces termes l' «*Incompétence des juridictions militaires pour juger des civils » : «* Les juridictions militaires doivent, par principe, être incompétentes pour juger des civils. En toutes circonstances, l'État veille à ce que les civils accusés d'une infraction pénale, quelle qu'en soit la nature, soient jugés par les tribunaux civils ». Dans son Observation générale n° 13 (par. 4), portant sur l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Comité des droits de l'homme notait «l'existence, dans de nombreux pays, de tribunaux militaires ou d'exception qui jugent des civils, ce qui risque de poser de sérieux problèmes en ce qui concerne l'administration équitable, impartiale et indépendante de la justice. Très souvent, lorsque de tels tribunaux sont constitués, c'est pour permettre l'application de procédures exceptionnelles qui ne sont pas conformes aux normes ordinaires de la justice. S'il est vrai que le

Pacte n'interdit pas la constitution de tribunaux de ce genre, les conditions qu'il énonce n'en indiquent pas moins clairement que le jugement de civils par ces tribunaux devrait être très exceptionnel et se dérouler dans des conditions qui respectent véritablement toutes les garanties stipulées à l'article 14». La pratique du Comité des droits de l'homme depuis 20 ans, notamment dans ses constatations sur des communications individuelles ou ses observations finales sur les rapports nationaux, n'a fait que renforcer sa vigilance, en vue de restreindre la compétence des tribunaux militaires aux crimes et délits de nature strictement militaire, commis par des personnels militaires. De nombreux rapporteurs thématiques ou par pays ont également pris une position très ferme en faveur d'une incompétence de principe à l'égard des civils. De même, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour et de la Commission interaméricaine des droits de l'homme et de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples est unanime à ce sujet. Comme le rappellent les Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature, «chacun a le droit d'être jugé par les juridictions ordinaires selon les procédures légales établies. Il n'est pas créé de juridictions n'employant pas les procédures dûment établies conformément à la loi afin de priver les juridictions ordinaires de leur compétence» (par. 5).

De manière symétrique, le principe 8 précise la portée de la « *Compétence fonctionnelle des juridictions militaires » : «* La compétence des juridictions militaires doit être limitée aux infractions d'ordre strictement militaire commises par le personnel militaire. Les juridictions militaires peuvent juger des personnes assimilées au statut de militaire pour des infractions strictement liées à l'exercice de leur fonction assimilée ». La compétence des tribunaux militaires pour juger les personnels militaires ou assimilés ne doit pas constituer une dérogation de principe au droit commun, correspondant à un privilège de juridiction ou à une forme de justice par les pairs. Elle doit rester exceptionnelle et répondre aux seules exigences de la fonction militaire. Cette notion est le «nexus» de la juridiction militaire, s'agissant notamment d'opérations sur le terrain, lorsque le juge territorial ne peut exercer sa compétence. Seule une telle nécessité fonctionnelle peut justifier l'existence limitée mais irréductible d'une justice militaire. Le juge national se trouve en effet empêché d'exercer sa compétence personnelle active ou passive pour des raisons pratiques tenant à l'éloignement de l'action, tandis que le juge local qui serait compétent territorialement se voit opposer des immunités de juridiction. Une attention particulière doit être portée à la distinction entre combattants et non-combattants et à la protection des personnes civiles en temps de guerre, au sens des Conventions de Genève du 12 août 1949 et des deux Protocoles additionnels de1977.

Restent certaines situations limites, d'abord dans les hypothèses de « complicité » impliquant des militaires et des civils, avec la nécessité de ne pas créer une justice à deux vitesses pour les mêmes faits. Il y a également de plus en plus de personnels civilo-militaires de police, de contractants privés ou de para-militaires, voire de « mercenaires », liés aux opérations extérieures, qu'il s'agisse d'opération de maintien de la paix dans le cadre des Nations Unies ou de régimes d'occupation. Il serait paradoxal d'assurer une forme d'impunité à ces personnels, parce qu'ils échapperaient aux poursuites de la justice militaire. De même les cas de réservistes et des « retraités » devraient être pris en compte, pour éviter là aussi qu'une sanction disciplinaire comme la mise à la retraite d'office aboutisse à l'extinction des poursuites, par défaut de compétence de la justice militaire à l'égard d'un « civil ». Enfin la chaîne de responsabilité, notamment en matière de droit international pénal, peut aboutir à la mise en cause des chefs politiques des armées, ministre de la défense, voire chef de l'Etat. Mais pour l'essentiel le principe est clair, logique et cohérent. Il interdit à la justice militaire de poursuivre des civils, transformés en « ennemis intérieur » au nom de la raison d'Etat ou de la défense de l'ordre public, comme on l'a trop dans le passé, notamment sous les dictatures militaires.

C'est également l'expérience des régimes militaires qui est à l'origine du principe 9 sur le *« Jugement des auteurs de violations graves des droits de l'homme » : «* En toutes circonstances, la compétence des juridictions militaires doit être écartée au profit de celle des juridictions ordinaires pour mener à bien les enquêtes sur les violations graves des droits de l'homme, telles que les exécutions extrajudiciaires, les disparitions forcées, la torture, et poursuivre et juger les auteurs de ces crimes ». Face à la conception fonctionnelle de la compétence des tribunaux militaires, s'impose aujourd'hui de plus en plus clairement l'idée selon laquelle le procès d'auteurs de violations graves des droits de l'homme ne peut se faire devant des tribunaux militaires, dans la mesure où de tels actes seraient, par leur nature même, détachables des fonctions exercées. Qui plus est, les autorités militaires peuvent être tentées d'étouffer ces affaires, en invoquant l'opportunité des poursuites, en favorisant le classement sans suite ou en faisant jouer le «plaider coupable», au détriment des victimes. Il importe que les juridictions civiles soient dès le départ à même d'enquêter, de poursuivre et de juger les auteurs de ces violations. Le déclenchement d'office de l'enquête préliminaire par le juge civil constitue une étape décisive pour éviter toute forme d'impunité. La compétence du juge civil doit également permettre de prendre pleinement en compte les droits des victimes, à tous les stades de la procédure. La portée du principe a été étendue par l'Ensemble de principes actualisé pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité: «La compétence des tribunaux militaires doit être limitée aux seules infractions spécifiquement militaires commises par des militaires, à l'exclusion des violations des droits de l'homme qui relèvent de la compétence des juridictions ordinaires internes ou, le cas échéant, s'agissant de crimes graves selon le droit international, d'une juridiction pénale internationale ou internationalisée ». Il faut surtout constater que la jurisprudence et la doctrine du Comité des droits de l'homme, du Comité contre la torture, du Comité des droits de l'enfant, de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples et de la Cour et de la Commission interaméricaine des droits de l'homme ainsi que les procédures thématiques et par pays de la Commission des droits de l'homme sont unanimes à ce sujet: les tribunaux militaires ne sont pas compétents pour juger les militaires responsables de graves violations de droits de l'homme commises contre des civils.

III. LES ENJEUX EN MATIERE D'ORGANISATION ET DE FONCTIONNEMENT

Le principe 13 rappelle une exigence fondamentale, le « *Droit à un tribunal compétent, indépendant et impartial » : «* L'organisation et le fonctionnement des juridictions militaires doivent pleinement assurer le droit de toute personne à un tribunal compétent, indépendant et impartial, lors de toutes les phases de la procédure, celle de l'instruction comme celle du procès. Les personnes sélectionnées pour remplir les fonctions de magistrat dans les juridictions militaires doivent être intègres et compétentes et justifier de la formation et des qualifications juridiques nécessaires. Le statut des magistrats militaires doit garantir leur indépendance et leur impartialité, notamment par rapport à la hiérarchie militaire. En aucun cas, les juridictions militaires ne peuvent avoir recours aux procédures dites de juges et procureurs secrets ou «sans visage».

Ce droit fondamental trouve son expression à l'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme: «Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle». L'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, comme les conventions régionales, en détaille la portée pratique. S'agissant de la notion de tribunal indépendant et impartial, toute une jurisprudence est venue préciser le contenu objectif, mais aussi subjectif, de

l'indépendance et de l'impartialité. L'accent a notamment été mis sur la théorie des apparences, conformément à l'adage anglais selon lequel «*justice should not only be done, but should be seen to be done*». Il est également important de souligner que le Comité des droits de l'homme a rappelé que «le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial est un droit absolu qui ne souffre aucune exception».

L'indépendance statutaire des juges par rapport à la hiérarchie militaire doit être strictement protégée, en évitant toute subordination directe ou indirecte, qu'il s'agisse de l'organisation et du fonctionnement de la justice elle-même ou du déroulement de la carrière du juge militaire. La notion d'impartialité est encore plus complexe au regard de la théorie des apparences, le justiciable pouvant à bon droit voir dans le juge militaire un officier susceptible d'être «juge et partie» dans toute affaire mettant en cause l'institution militaire, plutôt qu'un magistrat spécialisé, au même titre qu'un autre. La présence de juges civils dans la composition des tribunaux militaires ne peut que renforcer l'impartialité de ces juridictions. L'accent doit également être mis sur l'exigence de compétence des juges appelés à siéger dans des juridictions militaires, notamment à travers la même formation juridique que celle qui est requise pour les magistrats professionnels. La compétence juridique et déontologique des juges militaires, en tant que juges éclairés de leurs devoirs et responsabilités, est une composante intrinsèque de leur indépendance et de leur impartialité.

On trouve les corollaires des garanties de droit commun d'une bonne justice, avec le principe 15 sur les droits de la défense. De même, la « *garantie de l'habeas corpus* », rappelée par le principe 12 trouve en amont toute sa place : « En toutes circonstances, toute personne privée de liberté a le droit d'introduire un recours, tel que l'*habeas corpus*, devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale. Le droit de présenter une requête en *habeas corpus* ou un autre recours judiciaire de nature semblable doit être considéré comme un droit attaché à la personne dont la garantie doit relever, en toutes circonstances, de la compétence exclusive de la justice ordinaire. En toutes circonstances, le juge doit pouvoir accéder sans exception à tout lieu où pourrait se trouver la personne privée de liberté ».

Le droit d'accès à la justice, le «droit au droit», est en effet un des fondements de l'État de droit. Comme le dit le paragraphe 4 de l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques: «Quiconque se trouve privé de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.». En temps de guerre, les garanties du droit humanitaire, notamment de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, du 12 août 1949, s'appliquent pleinement.

L'*habeas corpus* est lié également au paragraphe 3 de l'article 2 du Pacte. Le Comité des droits de l'homme, dans son Observation générale n° 29 (par. 14 et 16), relative aux états d'urgence (art. 4 du Pacte), a considéré que: «Le paragraphe 3 de l'article 2 du Pacte exige que soient assurés des recours internes utiles contre toute violation des dispositions du Pacte. Même si cette clause ne fait pas partie des dispositions auxquelles il ne peut être dérogé, énumérées au paragraphe 2 de l'article 4, elle constitue une obligation inhérente au Pacte. Même si les États parties peuvent, pendant un état d'urgence, apporter, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des ajustements aux modalités concrètes de fonctionnement de leurs procédures relatives aux recours judiciaires et autres recours, ils doivent se conformer à l'obligation fondamentale de garantir un recours utile qui est prévu au paragraphe 3 de l'article 2. De l'avis du Comité, ces principes et la disposition concernant les recours utiles exigent le respect des garanties judiciaires fondamentales pendant un état d'urgence Afin de protéger les droits non susceptibles de dérogation, il découle du même

principe que le droit d'introduire un recours devant un tribunal, dans le but de permettre au tribunal de statuer sans délai sur la légalité d'une détention, ne peut être affecté par la décision d'un État partie de déroger au Pacte». Le caractère non dérogeable de l'*habeas corpus* est également reconnu dans plusieurs normes internationales à vocation déclarative. La Commission des droits de l'homme, dans sa résolution 1992/35 intitulée «*Habeas corpus*», a exhorté les États à maintenir le recours d'*habeas corpus* même lors de l'état d'exception. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a considéré que les recours judiciaires de nature à protéger des droits intangibles, comme l'*habeas corpus*, sont indérogeables.

De manière symétrique, en aval, le principe 17 préconise l' « *Exercice des voies de recours devant les juridictions ordinaires » :*« Dans tous les cas où les juridictions militaires subsistent, leur compétence devrait être limitée au premier degré de juridiction. Par conséquent, les voies de recours, notamment l'appel, devraient être exercées devant les juridictions civiles. En toute hypothèse, le contentieux de la légalité doit être assuré par la juridiction civile suprême. Les conflits de compétence et de juridiction entre tribunaux militaires et tribunaux de droit commun doivent être tranchés par un organe judiciaire de plus haut niveau appartenant à la juridiction ordinaire, composé de magistrats indépendants, impartiaux et compétents, notamment par une cour suprême ou une cour constitutionnelle ».

Dans sa résolution 2005/30 sur l'intégrité de l'appareil judiciaire, la Commission des droits de l'homme a mis en relief cette question en évoquant *in fine* «des procédures régulières qui sont

reconnues par le droit international comme garantissant un procès équitable, notamment le droit de former appel d'un verdict de culpabilité et d'une condamnation» (par. 8). Si leurs compétences fonctionnelles peuvent expliquer le maintien de juridictions militaires de premier degré, de manière résiduelle, rien ne paraît justifier l'existence d'une hiérarchie parallèle de tribunaux militaires, hors du droit commun. Les impératifs d'une bonne administration de la justice par les tribunaux militaires impliquent au contraire que les voies de recours, et notamment le contentieux de la légalité, soient exercées devant les juridictions civiles. Ainsi, au stade de l'appel ou à tout le moins de la cassation, les juridictions militaires feraient «partie intégrante de l'appareil judiciaire normal». Ces voies de recours devant les juridictions civiles supérieures devraient être ouvertes à l'accusé comme aux victimes, ce qui suppose que ces dernières soient admises dans la procédure, notamment lors de la phase de jugement. De la même manière, un mécanisme judiciaire impartial de résolution des conflits de juridiction ou de compétence doit être mis en place. Ce principe est essentiel car il assure que les tribunaux militaires ne constituent pas un système de justice parallèle, hors du contrôle du pouvoir judiciaire. Il est intéressant de relever que le Rapporteur spécial sur la question de la torture et le Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires ont formulé cette recommandation.

Enfin, dans le même esprit, un dernier principe vise la «*Révision des codes de justice militaire » : «* Les codes de justice militaire devraient faire périodiquement l'objet d'une révision systématique, de manière indépendante et transparente, afin de veiller à ce que les compétences des tribunaux militaires répondent à une stricte nécessité fonctionnelle, sans empiéter sur les compétences qui peuvent et doivent revenir aux juridictions civiles de droit commun ».

La seule justification de l'existence des juridictions militaires étant liée à des contingences pratiques, relatives notamment à des opérations de maintien de la paix ou des situations extraterritoriales, il conviendrait de vérifier périodiquement que cette nécessité fonctionnelle continue à s'imposer. Une telle révision des codes de justice militaire devrait être menée à bien par une instance indépendante, qui recommanderait les réformes législatives à effectuer pour limiter les compétences résiduelles qui ne seraient pas justifiées et revenir ainsi, dans toute la mesure possible, aux compétences de droit commun des juridictions civiles, en veillant à

supprimer toute double incrimination. Plus généralement, cette révision périodique devrait garantir l'adéquation et l'effectivité de la justice militaire au regard de ses justifications pratiques. Elle traduirait également le caractère pleinement démocratique d'une institution appelée à rendre compte de son fonctionnement devant les pouvoirs publics et l'ensemble des citoyens. C'est ainsi, enfin, que le débat de principe sur l'existence en tant que telle d'une justice militaire pourrait être posé en toute transparence dans une société démocratique.

Ce dernier principe montre assez que le système n'est pas clos sur lui-même. Les principes traduisent eux-mêmes une dynamique, née des travaux antérieurs de la Sous-Commission et des rapporteurs spéciaux ou des observations générales des différents comités conventionnels. Ils ne sont pas « à prendre ou à laisser », ils sont plutôt une invitation à la réflexion collective. Au moment où se développe le droit international pénal, avec l'entrée en vigueur du Statut de Rome, mais aussi le développement de la compétence universelle, pour controversé qu'il soit, les Etats ont à faire face à une exigence d'exemplarité. S'ils veulent sauvegarder la justice militaire, ils doivent l'adapter. C'est le sens de nombreuses réformes en cours dans le cadre national et de l'intérêt affiché par les responsables de la justice militaire dans les grandes démocratie, comme tout récemment en Argentine, le message du président de la République à la Nation se référant expressément aux travaux de la Sous-Commission.

Encore plus significatif, peut-être, est la prise en compte des principes dès maintenant par plusieurs instances internationales, alors que leur statut juridique, en tant qu'instrument de « droit secondaire », reste particulièrement incertain faute de l'aval formel du Conseil des droits de l'homme[11]. Ainsi, deux arrêts récents de la Cour européenne des droits de l'homme, provenant l'un de la quatrième section, l'arrêt Ergin c.Turquie du 4 mai 2006, l'autre de la première section l'arrêt Maszni c.Roumanie du 21 septembre 2006, se référent expressément aux travaux de la Sous-Commission en utilisant une présentation identique du « système des Nations Unies» pour leur donner une valeur objective[12].

Cela est d'autant plus curieux que l'arrêt Ergin se réfère à l'avant-dernière version des principes, avant même sa présentation en août 2005 devant la Sous-Commission et a fortiori son hypothétique prise en compte par la Commission des droits de l'homme en mars 2006 : « Enfin l'on peut citer le rapport sur les questions de l'administration de la justice par les tribunaux militaires soumis à la Commission des droits de l'homme qui va en débattre lors de la 62èmesession en 2006 (Doc. E/CN.4/Sub.2/9 du 16 juin 2005). Au Principe n°1 du document on peut lire :

« Les juridictions militaires, lorsqu'elles existent, ne peuvent être créées que par la constitution ou la loi, dans le respect du principe de la séparation des pouvoirs. Elles doivent faire partie intégrante de l'appareil judiciaire normal ».

Le rapporteur précise toutefois que « (…) la « constitutionnalisation » des tribunaux militaires qui existe dans plusieurs pays ne doit pas les mettre hors du droit commun, au dessus de la loi, mais bien au contraire les inscrire dans les principes de l'Etat de droit, à commencer par ceux de la séparation des pouvoirs et de la hiérarchie des normes ».

Le Principe n° 2 souligne le respect des normes du droit international dans les termes suivants :

---

[11] Sur la problématique du droit déclaratoire, Cf . notre rapport « De la promotion à la protection des droits de l'homme, droit déclaratoire et droit programmatoire » au colloque de Strasbourg de la Société française pour le droit international, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international,* Pedone, 1998.

[12] *A contrario*, on ne peut que regretter que le Comité des droits de l'homme dans l'affaire Salim Abbassi c. Algérie du 28 mars 2007 néglige de mentionner les travaux de la Sous-Commission. Les opinions dissidentes de certains membres éminents du Comité MM. Amor et Khalil traduisent d'ailleurs une prudence évidente au sujet de la question de principe de l'application de la justice militaire à des civils dans un contexte de crise politique.

« Les tribunaux militaires doivent appliquer les normes et les procédures reconnues au plan international comme garantissant un procès équitable, en toutes circonstances,y compris les règles du droit international humanitaire ».

Par ailleurs le Principe n°5 qui traite de la compétence fonctionnelle des juridictions militaires énonce :

« Les juridictions militaires doivent, par principe, être incompétentes pour juger des civils. En toutes circonstances, l'Etat veille à ce que les civils accusés d'une infraction pénale, quelle qu'en soit la nature, soient jugés par les tribunaux civils » » [13].

L'arrêt Maszni actualise la référence en mentionnant « le rapport du 13 janvier 2006 du Rapporteur spécial de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme sur «la question de l'administration de la justice par les tribunaux militaires », sans modifier la citation des trois principes[14]. On relèvera *cum grano salis* que la Cour attribue à l'auteur de l'étude la qualité de « rapporteur spécial » qui ne lui appartiendrait que si son mandat avait été formellement avalisé par la Commission, mais celle-ci se trompe elle-même parfois dans la qualification de l'étude…

Parallèlement à ces références jurisprudentielles, il faut mentionner les travaux en cours au sein du Comité directeur des droits de l'homme du Conseil de l'Europe, avec le groupe de travail du comité d'experts pour le développement des droits de l'homme qui est chargé des « droits de l'homme des membres des forces armées ». Le point de départ de cet exercice particulièrement ambitieux est la recommandation 1742 (2006) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. Le groupe de travail qui s'est réuni en décembre 2007 a élaboré des « *éléments préliminaires révisés pour une recommandation du Conseil des Ministres aux Etats membres sur les droits de l'homme des membres des forces armées* » qui intègrent plusieurs renvois aux principes de la Sous-Commission[15]. La structure du projet décline la numérotation de la Convention européenne des droits de l'homme. C'est donc au regard de l'article 6 de la Convention qu'il est fait état des questions relatives à la « *compétence des tribunaux militaires et [aux] garanties procédurales* », avec une référence expresse aux principes n° 13 et 14 du « *rapport présenté par le Rapporteur spécial de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme des Nations Unies, Emmanuel Decaux »*, sans toutefois préciser l'intitulé et la cote de ce document…

Quoi qu'il en soit, l'écho de plus en plus large donné aux principes élaborés dans le cadre de la Sous-Commission est très prometteur. Ce test est d'autant plus important que la Sous-Commission n'est plus là pour veiller au devenir de ses travaux, comme elle l'a fait avec continuité, voire obstination, au fil des ans. La Convention internationale sur les disparitions forcées ouverte à la signature le 6 février 2007 est née de travaux entrepris il y a près de trente ans par la Sous-Commission à l'initiative de Louis Joinet. Il appartiendra au Conseil des droits de l'homme de décider le moment venu, dans sa sagesse, du sort politique des principes. Mais en l'attente d'une consécration officielle par les Etats, d'une méthode et d'un suivi, ils ont dès maintenant un caractère objectif répondant à des nécessités profondes, non seulement sur le terrain éthique, mais aussi sur le terrain pratique. C'est assez dire combien un ouvrage collectif comme celui-ci est important pour un bilan tourné vers l'avenir.

[13] CEDH, arrêt Ergin c. Turquie, §.24 .

[14] CEDH, arrêt Maszni c. Roumanie, §.31.

[15] DH-DEV-FA (2007)008, §§.42 et sq.

"Nova Ordem" e crise do Direito Internacional

Francisco Rezek*

A expressão *nova ordem internacional* é daquelas que emergiram no final do século XX e continuam em grande evidência na atualidade. Seu uso sugere vestibularmente algumas perguntas. Primeiro: o que aí está, o que estamos vivendo no plano internacional, é uma *ordem*? Segundo: em caso de resposta afirmativa, essa ordem é de fato *nova* ou nem tanto? Terceiro: se *ordem* e se *nova*, ela é realmente boa ou deixa a desejar na sua qualidade ética e na sua qualidade lógica?

Recordemos o que aconteceu nos últimos vinte anos. Havia antes um mundo bipolar, um mundo contaminado largamente por um confronto ideológico que consumiu tantas energias, a ponto de que as pessoas da minha geração hoje se perguntem se terá valido a pena debater tanto em torno de algo que, quando desapareceu, praticamente não deixou vestígios. Ou seja, o confronto da época da polaridade e da guerra fria.

Depois daquele período marcado por esse contraste entre dois mundos e as respectivas propostas, as coisas serenaram e pareceu que a história dava razão ao Ocidente nas suas teses principais, que sem dúvida eram corretas. Primeiro, não se justifica em nome de nenhum interesse social a montagem do Estado policial que sacrifica as liberdades públicas. Nenhum desenvolvimento econômico, nenhum ideal igualitário justifica o sacrifício da liberdade de manifestação de pensamento, das liberdades muitas que o ser humano deve experimentar ao longo de sua existência. É simplório imaginar viável um esquema estatal essencialmente preocupado com o ser humano, mas disposto a sacrificar, em nome dessa prioridade, aquilo que é também um valor humano elementar: o exercício da liberdade.

Aprenderam-se ao mesmo tempo – além da rejeição do Estado autoritário, que ninguém mais suportava a partir do início dos anos 90 – algumas lições no estrito plano econômico. Aquilo que o socialismo real havia sacrificado era algo indispensável para as sociedades livres, mas aquilo em nome de quê se sacrificaram as liberdades públicas não foi tão brilhantemente alcançado quanto se imaginara que seria. Não se construíram economias florescentes na Europa oriental, não se garantiu sequer uma elementar igualdade que evitasse o privilégio burocrático e o surgimento da nomenclatura das elites do regime socialista. O Estado, ficou provado na época, não é o melhor administrador da economia. É preciso dar força à competição e à liberdade de iniciativa do setor privado.

Sim, não há dúvida de que as lições do final do século XX convergiram no sentido de que certas teses ocidentais estavam corretas. Mas muitos cometeram na época o erro clamoroso de supor que isso significava que *todas* as teses ocidentais estavam corretas, entre elas a proposta ultra-ocidental do abastardamento do Estado, da eliminação das responsabilidades sociais do Estado, que deveria então resumir-se na sua simbologia e nas suas funções elementares de manutenção da ordem pública e relacionamento internacional, deixando o restante por conta do mercado. A idéia da deserção, pelo Estado, de alguns de seus deveres, é tanto mais impalatável quanto se considera a situação daqueles países onde as forças do setor privado são muito

---

* **Francisco Rezek** (1944), graduado em Direito pela UFMG (1966); doutor da Universidade de Paris em Direito Internacional Público (1970); *Diploma in Law* da Universidade de Oxford (1979). Professor de Direito Internacional e Direito Constitucional na Universidade de Brasília, Diretor do Departamento de Direito (1974-1976) e da Faculdade de Estudos Sociais (1978-1979). Professor de Direito Internacional no Instituto Rio Branco (1976-1996). Professor na Academia de Direito Internacional da Haia. Procurador e Subprocurador-Geral da República (1972-1983), Ministro do Supremo Tribunal Federal (1983-1990, 1992-1997); Presidente do Tribunal Superior Eleitoral (1989-1990); Ministro de Estado das Relações Exteriores do Brasil (1990-1992). De 1997 a 2006, eleito pelas Nações Unidas, foi Juiz da Corte Internacional de Justiça.

desiguais. Um mínimo de administração do conflito de interesses no setor privado deve ser provido, necessariamente, pelos detentores do poder público, do poder de legislar em nome das maiorias num sistema democrático.

Foi isso, então, o que aconteceu de errado, de possivelmente vicioso no final do processo que marcou o desfecho da guerra fria. Imaginou-se, com excessivo deslumbramento, que o Ocidente triunfou e que esse triunfo haveria de ser consolidado a qualquer custo. As coisas não são tão simples assim. Hoje, o mais elevado dos preços que a sociedade internacional paga pela concentração de poder real em um dos pólos do antigo conflito, desde o momento em que a bipolaridade desapareceu, tem sido o sacrifício do direito internacional, o sacrifício, no plano internacional, da idéia do primado do direito. Curioso paradoxo: vivemos um momento da história em que internamente desaparecem as ditaduras (algumas agonizam, outras nem mais existem), os Estados se recompõem no espírito democrático e celebram a democracia, para alguns reconquistada e para muitos conquistada pela primeira vez. E quando isso acontece no cenário interno de tantas nações, vem a ser justamente no plano internacional, naquele das regras que regem a convivência entre as nações, que temos a impressão amarga de que as coisas desmoronam, de que as referências se perdem, de que o puro e simples exercício de uma política de poder fala mais alto que o direito, e o faz assumidamente.

Muitos cínicos pretendem lembrar-nos de que o passado não foi tão melhor: nem o poder era menos ambicioso, nem o direito mais eficiente. Assim, não estaríamos hoje diante de uma novidade pelo fato de se afirmar, com eloqüência, uma política de poder. Qual é, então, a diferença? A diferença é que no passado não se assumia isto. Havia um mínimo de respeito pela proposição teórica, pela afirmação formal de que buscamos justiça, e de que o fazemos à luz do direito. Na virada do século, pela primeira vez, rasga-se a fantasia de modo aberto, e determinados governantes dizem explicitamente que ali estão para fazer a política a que seu poder real lhes dá "direito". Vimos desaparecer uma situação de contraste ideológico para nos defrontarmos não exatamente com a desordem e o caos, mas com algo pior que a desordem e o caos: a afirmação explícita da negação do direito, o brado arrogante de que a detenção do poder permite sacrificar o direito.

Há hoje uma crise do direito internacional? Ortega y Gasset definia a crise como sendo aquele vazio, aquele espaço inocupado que se produz quando perdemos as referências e os valores do passado e ainda não encontramos outros para tomarem seu lugar. O que acontece hoje na cena internacional não é bem isso, porque não estamos vendo um espaço vazio. Estamos vendo um espaço ocupado pelo que poderia existir de pior em matéria de idéias e de propostas, e na liderança dos grandes centros de poder.

Isto conduz ao colapso dos sistema das Nações Unidas. Em 1945 todos conviviam com a lembrança amarga de que no espaço de uma vida humana ocorreram duas grandes guerras. Criou-se, à sombra dessa lembrança, uma organização para, em nome do direito, garantir a paz e a segurança coletivas. Inventava-se então um mecanismo para prevenir e resolver conflitos na conformidade do direito estabelecido pela Carta e pelos seus antecedentes, entre eles os relativos ao direito humanitário, ao direito da guerra, ao direito das relações internacionais.

Mas o que a Organização revelou nos últimos anos foi sua incapacidade, segundo as regras de procedimento que regem seus órgãos sobretudo as que disciplinam a dinâmica do Conselho de Segurança , para atender à sua finalidade principal. Neste momento presenciamos também uma crise do próprio princípio democrático. As sociedades humanas se deixam dificilmente seduzir por propostas não condizentes com a idéia de justiça e do primado do direito. Mas aconteceu, e fomos testemunhas disso, em diversos países, velhas ou recentes democracias, mas

em todo caso democracias. Presenciamos nos últimos tempos um divórcio entre decisões de governo e a voz das ruas. Vimos que em algumas nações a tomada da decisão de ir à guerra pelos respectivos governos fez-se à revelia de 60, 80 ou 90% da opinião coletiva, tendo-se ouvido barbaridades do gênero: *o verdadeiro estadista não se conduz pela opinião pública*, assertiva afinal punida nas urnas.

Enfrentamos hoje um penoso contraste no domínio da recomposição do direito e dos valores humanos, daquilo que Celso Lafer chamava "a reconstrução dos direitos humanos" após a ruptura totalitária. Temos, neste princípio do século XXI, o que enaltecer e celebrar no destino histórico das nações, da maioria delas. Entretanto, no plano da convivência entre as nações, da busca do ideal de paz internacional e de segurança coletiva, não há como afirmar que as coisas tenham evoluído da melhor maneira. As respostas estatais a problemas de extrema gravidade, como o terrorismo, têm sido as menos inteligentes. Não se investigam as causas do fenômeno. Faz-se uma deliberada abstração de tudo aquilo que conduz pessoas ou comunidades a determinadas formas de terrorismo. Se algumas são absolutamente irracionais, há outras manifestações do fenômeno terrorista cujas causas poderiam ser investigadas e neutralizadas, não se adotando uma atitude de mera represália com os mesmos métodos.

Quando as pessoas se convencem de que os estadistas têm pouco apreço pelo direito e preferem desenvolver a política da violência, os escrúpulos se quebram também no setor privado, a sociedade tende a habituar-se ao desprezo pelo direito e à idéia de que outros métodos podem funcionar melhor. Este é o risco maior do momento que vivemos, o de que o péssimo exemplo de determinadas lideranças do plano internacional frutifique no seio das respectivas sociedades, e até mesmo no âmbito de outras sociedades.

Não é possível admitir que devemos nos contentar com o sucesso do direito internacional naquilo que ele tem de periférico, no sentido de não essencial. O direito internacional tem realizado prodígios fazendo evoluir normas do direito do trabalho, do direito penal, ou do direito relacionado com vários aspectos da atividade econômica e da integração. Mas nada disso é central. A parte central é aquela que garante a paz entre os membros da comunidade e sua segurança coletiva à luz do direito e em nome do ideal de justiça. Foi para isso que se criou a Organização das Nações Unidas, não foi para atividades periféricas. Quando terminou a guerra do Iraque, entre outros disparates que todos ouvimos, esteve a afirmação de que a ONU não se encontrava alijada, humilhada, desprezada nas suas prerrogativas, nas suas funções. Não. Ela tinha seu papel, ela teria, sim, algo que fazer, e que consistiria em administrar o resíduo da guerra, de modo a socorrer as pessoas com ajuda humanitária e hospitalar. O Brasil lembrou na época (e esse foi um dos grandes momentos da diplomacia brasileira) que a Organização não foi criada para *administrar as ruínas de uma guerra que ela não conseguiu evitar*. Não, não foi para isso. Não foi para dar assistência humanitária às vítimas da invasão e da ocupação militar estrangeira que a ONU foi criada. Até porque no momento em que a Organização realizar seu fundamental objetivo de prover paz e segurança para todos, em nome do direito, e com justiça, não haverá mais espaço para assistências humanitárias e outras caridades. Tudo isso é hoje subproduto de uma injúria fundamental representada pelo fracasso da organização no cumprimento dos seus objetivos básicos. Não se pode redimir a organização nem sublimar o seu essencial colapso dando-lhe funções beneméritas, distantes da sua destinação principal.

É preciso não perder de vista nosso peso no plano internacional. Vivemos num mundo cheio de remorsos, e este é um país sem remorsos no plano externo. Todas as nossas mazelas, tudo aquilo que nos atormenta a cada dia, tem a ver com nossa problemática interna, mas no plano externo este é um país sem mancha. Construímos nossa história sem nunca ter lesado ninguém, sem nunca ter agredido ninguém, sem que nenhum outro país, nenhuma outra comunidade

possa afirmar ter sido um dia vítima de uma violência, de uma lesão, de uma injustiça imputável ao Brasil. Somos uma bandeira imaculada num mundo de bandeiras ensaguentadas. Temos autoridade para dar determinadas lições num momento como este, em que tais lições são importantes.

Se tentamos, de modo sumário, estabelecer uma distinção entre categorias de países na atualidade da vida internacional, teremos uma primeira categoria, a dos detentores de um poder econômico, militar, político, que faz com que se situem acima do bem e do mal e que se entreguem ao requinte de sacrificar o direito em nome de seus interesses e instintos. Teremos uma segunda categoria, a dos países emergentes na prática da democracia, países que, saídos de um longo período de sombras, deslumbraram-se um tanto em excesso com a proposta ocidental, perderam o sentido crítico, e aderem com facilidade às injunções do núcleo de poder. Teremos uma terceira categoria, a das muitas nações que foram reduzidas à miséria na segunda metade do século XX e que hoje, naufragadas em prioridades tão dramáticas e pungentes, não têm energia para pensar soluções para o dilema da sociedade internacional ou para a crise do direito internacional. Desses deserdados, desses tantos que foram reduzidos à ruína, não se pode esperar que priorizem outra preocupação que não aquela das suas mais primárias necessidades.

Teremos uma derradeira categoria, aquela a que pertencemos. Sem compromisso com os núcleos de poder e sua pretensão hegemônica, sem dívidas de ordem moral, sem nenhuma espécie de alumbramento diante de algo que para nós nem é novo nem prima pela exemplaridade, e sem termos sido reduzidos à impossibilidade de agir. Com toda a vitalidade, com toda a fortaleza que ainda representamos, nós e os outros países com características semelhantes, com iguais sentimentos e iguais propostas: é de nações assim que pode vir a palavra que conduza a melhores dias a sociedade internacional.

O dia virá em que, lembrando as coisas que aconteceram nestes primeiros anos do século XXI, todos, mas sobretudo os operadores do direito, teremos dificuldade em acreditar que tudo isto realmente aconteceu, que as palavras que ouvimos realmente foram ditas, que as cenas que acompanhamos à distância não eram a encenação de uma ópera de horror. O dia virá em que, superado este fosso de sombras para o direito internacional e a sociedade das nações, hesitaremos em dar crédito à memória quando ela nos insinuar que isso não foi um delírio. Nossa esperança é que esse novo tempo não demore a chegar.

Concretization and Precedent. Observations on modern continental European Law from the perspective of "Structuring Legal Theory"*

Friedrich Müller**

1. Introduction

Let me first explain the formulation of the theme. My explanatory observations are not intended only as preliminary remarks, but already form an integral part of the actual discussion of the issue.

"Continental European law" distinguishes itself as a system with legislation at its centre, from Anglo-Saxon law, which is based on judge- made, customary law. In this latter (case law) system unwritten law prevails in principle. Unwritten law had already played an important role in ancient Roman law, and was governed by the opinio iuris, the opinio necessitatis as well as tacitus consensus – with major problems regarding politics, power and the role of the people inherent in the notion of "tacitus".

This is not the subject matter of the present discussion, however, and ancient Rome certainly does not need justification in terms of any modern-day conception of democracy. Save for some exceptions, like Great Britain, the democratic concept nowadays derives from written constitutions. There is thus an intimation of the law of the developed constitutional state premised on the rule of law in the "modern" law of the European Continent mentioned in the title.

Structuring Legal Theory (SLT – in Portuguese: Teoria Estruturante do Direito, TED) maintains that, on closer inspection, customary law is by no means "unwritten". It has merely not been written into a binding codification or, to put it differently, it lacks an authoritatively formulated text. However, customary law depends for its very existence on some kind of text. Its norms are linguistically (and thus textually) expressed in, for example, (oral and/or written) "books of law", medieval collections of law as well as in contemporary textbooks and judicial decisions. This variety of formulations is not uniformly determined by any explicit action on the part of state authorities.

The case law and statute law paradigms have moved closer to each other – increasingly so during the course of the twentieth century. On the one hand, in the world of Anglo-Saxon law [1], an expanding measureof statute law has emerged to cater for practical necessities, called forth by novel functions assigned to the state, and especially by the exigencies of the social (welfare) state. The "interpretation" of statutes has in actual fact come to play an increasingly important practical role, along with the "interpretation" of earlier court decisions. What previously seemed to be clear-cut paradigmatic divisions are now crumbling.

---

* Translated by Prof Dr. Welz, University of Fort Hare and Prof LM du Plessis, University of Stellenbosch. Friedrich Müller is Professor Emeritus of University of Heidelberg, Germany, Research Fellow at the Department of Public Law, University of Stellenbosch (Republic of South Africa) and Visiting Professor at UNIFOR (Fortaleza).

** Professor Catedrático Emérito da Universidade de Heidelberg (Alemanha), onde lecionou Teoria Geral do Direito, Filosofia do Direito, Direito Constitucional, Administrativo e Canônico. Livros e artigos em numerosas línguas. Autor da teoria Estrututante do Direito (vol. I, São Paulo, 2008).

[1] The world of **Anglo-Saxon** law includes the legal systems that English law helped shape, for instance, the South African one. The **Brazilian** legal system, on the other hand, belongs to the same type as continental **European law.**

And on the other hand, as the SLT also recognizes, customary law has, alongside statute law, retained its restricted position on the Continent (clearly so under the German Basic Law). It is nonetheless clear that especially the normativity of codified law can in no way be completely derived from provisions in statute books (or "norm-texts" as the SLT calls them). In reality— that is to say in view of the question: "What really and *in actual fact* happens when judicial decisions are made?" – and in everyday practice, court decisions are arrived at as a result of a textual engagement with enacted law-texts (this is genetic concretization that draws on expressions deriving from the precedence of statute law) as well as with texts from textbooks, commentaries and monographic research (these are the dogmatic and theoretical elements of the concretization) and finally with material from precedents and international comparative law. SLT thus sharply and systematically distinguishes stipulations in the codification (the "norm-texts") from stipulations by which the court decides the individual, concrete case (that is to say from the text of the actual legal norm). Cases can never be decided exclusively and finally on the basis of norm-texts applicable to individual cases, but, as I have just intimated, are always decided with the assistance of numerous texts of various origins. On this point, and primarily in opposition to legal positivism, SLT corresponds with the so-called "topic" approach, though in other respects SLT also goes well beyond Topik. For the present, however, this aspect needs no further elaboration.

2. Precedent (Präjudiz)

At this point the development of the position just discussed is of central significance, precisely because of what the word "precedent" (Präjudiz) has to tell us. Except for "Structuring legal theory", "precedent" is the only other component in the title of this article that remains to be clarified.

"Precedent" (Prä-Judiz) conveys the notion "pre-judgment" (Vor-Judiz), that is to say the "pre-decision" (Vor-Entscheidung) of a judge or a judicial body. The crux here is "pre-" (vor). Chronologically it simply means "before" and thus refers to earlier decisions in comparable cases of which a judge may or may not take cognizance, and which may or may not be used. At the same time a "pre-" like the one in "pre-cept" (Vorschrift) or also "pre-condition" (Vorbedingung) connotes the notion of a "pre-decision" (Vorentscheidung) functioning as a prerequisite for making a judgment acceptably "accurate", "just" and "correct". That is the axiom of the case law system: the essential, legitimating "pre-cepts" (Vor-Schriften) are not legislative but judicial texts. To witness this axiom in action is quite an experience. As a student I attended the spectacular "Podola trial" in London's Old Bailey. Circumstantial evidence was going to be decisive in that case. I shall never forget the dragging in, piling up and reciting of well-worn leather and parchment volumes from the eighteenth, seventeenth, sixteenth and even from the fifteenth century. "Precedents" here are not only earlier ("previously" made) decisions, but also binding judgments decisive for the judge's own (later) decision — these are "precedents" in the narrower and systematically significant sense of the word. In contrast, the axiom of a statute law system is that the *lex* is the *ratio scripta*: the binding pre-cept (*Vor-Schrift*) is the text of the codified law officially in force — the enacted, decisive, anticipatory solution of "future cases of this kind" by the proverbial "stroke of the legislator's pen". A previous decision of a similar case either by the same or by another court is not binding. Such a decision may be interesting, may ease my argumentative burden, may reassure me and may even induce me to disagree or give a dissenting judgment. An earlier judgment can, however, not bind me or tell me what, in terms of the code, is "right or wrong", "legal or illegal". The earlier decision provides me with food for thought, but it does not "pre-decide" for me.

Here SLT comes into the picture again. It was the first and has for decades been the only position that advocated the inclusion of norms related and relevant to methods of decision-making (and especially norms relating to democracy and the constitutional state) in the immediate, concrete, everyday methodical work of the courts and other judicial decision-making bodies. Today this view has, at least in the German legal world, become the prevailing opinion — as a number of neutral, disinterested commentators in the scholarly community have observed.

For present purposes (and quite practically) this means that I as a judge can judge independently from the "pre-judgment" of another court, however impressive and/or eminent that judgment maybe. And I am indeed duty-bound to do so, to the extent that my view of the current law's solution for the particular case, differs from that in a previous judgment. There are two kinds of methodologically active norms in this instance. First, there is the horizontal separation of powers typical of the modern constitutional state. Second, there is the normative inference that the German Basic Law draws from the separation of powers, so as to answer the question: "Are we, in this instance, dealing with merely a previous decision or a binding precedent?" Article 97(1) of the Basic Law states: "The judges shall be independent and subject only to the law."

The Federal Constitutional Court[2] uses the following phrases when, in accordance with the tenets of SLT, it recognizes that (and how) constitutional norms previously referred to influence the concrete work of judges[3]:

"Judges are independent and subject only to the law (article 97(1) of the Basic Law). A court therefore, in the interpretation and application of norms, needs not adhere to a prevailing opinion. It is even then not precluded from upholding its own interpretation of the law and from basing its decision upon it when all the other courts — including those of a higher instance — espouse an opposite point of view. By reason of the independence of judges, the administration of justice is constitutionally inconsistent."

In short, in the modern continental European law typical of the democratic and legally structured constitutional state binding precedents have no place.

The only exception follows precisely from this point of departure in the legislative state: it is not for judges to lay down binding precepts applicable beyond the case in question, but only for the legislature to do so for defined types of cases. In accordance with the priority of the *lex specialis* over the *lex generalis*, however, the legislator may break this rule on certain given grounds. This is the case in German law with section 31(1) of the Federal Constitutional Court Act[4], which provides that decisions of the Federal Constitutional Court are "binding upon constitutional organs at federal and state level as well as on all courts and government officials". In certain exceptional circumstances, mentioned in subsection 2, these decisions even have the "force of law". These exceptions confirm the rule. They cannot interfere with our basic discussion of the role of precedent in modern continental European law and I mention them merely *informandi causa*.

3. Case law system v Civil law system

Attempts to apply the precedent-centredness of the Anglo-Saxon case law system to the German legal system have in Civil law [with Esser[5]] not proceeded beyond the status of a

---

[2] BVerfGE 87, 273 278.

[3] 278.

[4] Of 1993-08-il (BGB1 I 1473) as amended by an act of 1998-07-16 (BGB1 I 1823) with special provisions for the former GDR (BGB1 1111104-1).

[5] Esser Grundsatz und Norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts 2 ed (1964).

respected minority position. In constitutional law and other areas of public law [with Kriele[6]] they have come to nothing, due to the inherent inconsistency of such attempts.

Kriele[7], somewhat naively, called for "trust" in the judiciary, who will surely, in a "legally rational manner", set matters straight. "Trust", as a general attitude towards texts merely because they come from the courts, has nothing to do with the legal questions as to the position of the judiciary in a constitutional state based on the rule of law. What one might call "trust" must rather – in the absence of democratic legitimatization of the judiciary — be acquired anew in each case of decision-making through honest work. And in so doing judges do not bear witness to legally rational generosity, but they simply live up to their official duty.

In modern continental European law judges thereby indeed do not set precedents, yet they can quite possibly influence, beyond their case, both other judgments and the legal debate. Their judgments can be accepted without becoming binding; they can be read "against the grain" when necessary; they can be analysed and conceptualized; and they can be criticized when necessary. When they are approved of it is *not because* this or that court has passed the judgment giving these or those reasons. If the court's matter-of-fact arguments are responsible and meet the methodological demands of the constitutional state, they have authority because they elucidate binding norm-texts (and not precedents!). They play an *exemplary* as opposed to a *prescriptive* (normative, binding or obligating) role.

Paradigmatically, things thus seem to fall into place. In the English system, customary and judge-made law — and therefore precedents — seem to prevail. In the continental systems, statute law and its application to the individual case — and therefore not precedent — seem to prevail. And yet this reassuringly clear facade cannot survive penetrating analysis. I have already indicated that empirically statute law has permeated the case law system to an increasing extent and, furthermore, that methodologically SLT has been able to show that norm-texts in a codification are not just put to use "logically" (or "syllogistically") — as both classical and later legal positivism (since the middle of the nineteenth century and with their offshoots in legal education) have desperately maintained. On the contrary, employing norm-texts is a much more intricate and above all a much more creative process which deals not with the application of a given norm, but with the *generation* of a concrete norm that determines the actual, individual case. The process starts off with the norm-text which, at most, provides the judge with an inconclusive, antecedent version of the legal norm still to be produced. The norm-text provides initial data, opening the way to an eventual concretization of the norm. It is a (non-absolute) standard for the legal feasibility of the eventual result. It functions as a negative framework (posing the question: "Is this or that still compatible with the legislated norm-text?"), but it is not the active, determining factor that, in an anticipatory manner, already encompasses the said result.

This concept then represents the first step towards the realization of a future paradigm: *from a theory of justification towards a realistic reflection on the generation of law*. It no longer allows outdated assumptions of legal positivism, discredited in day-to-day practice, to be forced upon it — assumptions on the strength of which legal precepts and their application, norm and reality, as well as language and meta-linguistic referents (or referential objects) are separated and even placed in opposition. The provisions in a legal codification only have the value of signs. They provide linguistic data as elements towards the concrete work of solving the particular case. They must still be worked through in a methodologically transparent manner so as to ascertain their

[6] Kriele Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation 2 ed (1976) eg 185 Ct seq; cf also Müller Juristische Methodik 7 ed (1997) 350 et seq.

[7] Theorie der Rechtsgewinnung 238, 243 et seq.

actual usefulness. Speech and semantics are exposed as action. The decision-making endeavors of, for instance, judges are a language game previously determined by norms and methodological standards. No norm-text can provide *a firm rule beforehand* for eventual application in future cases. The signs of such a text also do not, as tradition has it, refer to a reality "outside of" language. Real data can only become part of the work of jurists through linguistic mediation (it is a matter of primary versus secondary linguistic data). "Meaning" is not something clear or unequivocal that can be "found". It stands in a differential relationship to all other signs: in itself it is significant (merely) for further signifiers.

This nevertheless needs not result in the judicial arbitrariness that tradition has constantly feared and against which it has sought reassurance from behind rhetorical facades. Language itself as an "organ of repetitiveness" or, rather, "iterability"[8], is not arbitrary.

Meaning and reference (that is "the meaning of the enactment" and the "objects of the external world" it covers) must be determined anew in each case. This is not done arbitrarily, however, but for plausible reasons — within the framework of a culture of argumentation. This culture is scientifically controllable as well as normatively controlled (mainly by the tenets of democracy and the constitutional state, such as clarity and comprehensibility, constitutionality, the duty to show cause, the binding force of law, equality before the law, no bias in a concrete case, and so forth). Clarity in the sense of "certainty regarding the content" of legal concepts, meanings and references is not possible. What is possible, however, and acts as a safeguard against arbitrariness is a relative [(in the words of Niklas Luhmann[9] "local"] rationality. This rationality correctly and completely specifies the individual methodical steps, operates with them in a manner that allows for generalization and states the reasons for preferences where individual arguments might be contradicting one another.

Certainly there are standard cases that are dealt with routinely, and there are others where the concepts and references present no problems (this is so mainly in the case of numerically determined norm-texts, typical for rules as to form, time limits and specific procedures). But then each of these instances *can* become problematic, for example, where the legal action and/or the speech of those involved deviate from the typical. And the majority of practical law cases are highly complex right from the start. The jurists who have to resolve these cases are not reactive "interpreters", but quite active text *producers*. The binding force of the law to which those working with it are subject by virtue of the Constitution is — finally and realistically understood — not the force of the tradition and cannot refer to "the norm" as something existing *prior to* the case or given *a priori*. It refers to the judicial and scientific requirements of an active process of semanticization. And the *modus operandi* during this process in statute law is significantly similar to that of the law of precedent.

It therefore is not surprising that, in progressive scholarly statements from an Anglo-saxon perspective, SLT is seen as a future bridge between, and perhaps even as a synthesis of, the two paradigms[10].

---

[8] Derrida Signatur, Ereignis, Kontext in Derrida (ed) Randgänge der Philosophie (1976) 124 et seq and. 134 et seq. The term "iterability" captures best what Derrida has in mind.

[9] Luhmann Das Recht der Gesellschaft (1993) 401 et seq.

[10] So for example: "It would certainly be a challenging task to contrast it with American legal realism and its aftermath" - Engel "Juristische Methodik by Friedrich Müller" 1990 International Journal of Legal Information 266 268. Or: "This departure from the abstract-logical towards the empirical-pragmatical brings this method closer to that of Anglo-American common law" - Bolgar "Legal Methodology", 1978 Modern Law and Society 160 161.

4. Possible future developments

What then can this future synthesis entail? Here I am anticipating future developments in legal scholarship, including the development of my own concepts, thereby trying to detect some routes.

Typical of the profession of judges (and other jurists called upon to make decisions) is that they face up to a case calling for a solution. In responding to this case, they take up assertions of law and trace them back to "established" (codified) or recognized texts (commentaries, monographs and previous judicial *dicta*). They draw the justification for this from the forms of argumentation. Through the individual reasons they provide, they make their own *dicta* fit into the network of the legal order, thereby creating contexts. These contexts can be historical (previously established norm-texts), genetic (genesis of the norm-text) or systematic (comparison with other prevailing rules of law), but also — as I have noted before — comparative beyond their own legal order (legal and constitutional comparison). This is reminiscent of the procedure of the modern "topic" approach. SLT and the "topic" approach indeed proceed in a parallel manner at least up to a point. On the whole, however, SLT's approach is essentially dissimilar and in many respects it goes far beyond the "topic" approach. But this again is not part of the theme of our present discussion.

The procedure which I have just sketched guarantees the relative (that is contextual) truth of the individual assertions of law by virtue of their arguments only for as long as the reasons, in turn, do not become controversial. Legal practice, however, constantly has to deal with the latter situation. Law can only have meaning in language. Legal language (interspersed with technical terms) is natural language. Not only is its meaning constantly in flux, but also ever and again in conflict – especially so with law that has to regulate massive and mostly antagonistic conflicts.

Legal practice consists of a struggle for the law. This is not a problem of linguistic communication. All the participants in the struggle in, for example, a lawsuit have already understood their own interpretation as well as that of the other side and also the respective backgrounds (or interests) for preferring one or the other variant of the interpretation. The problem is rather how to decide. The question is no longer how to understand the enactment, but rather which of the conflicting interpretations to prefer. But then again natural language does not provide a hierarchy of preferential meanings, in the same way that it is not an inherent characteristic of words or expressions to carry fixed boundaries for their usability with them. The function of language is fulfilled once it makes communication possible; but then language as such cannot choose between the antagonistic versions of communication. Mechanisms for an "order of discourse" [to use Foucault's[11] expression] must be constructed, not to proliferate "understandings", but to restrict them. Of all the possible ways of reading the text-piece (especially the norm-text as a law — in case law it is the text of the precedent) only one reading shall and will have to be the lawful and thus legitimate one. What the settled law *for this case* is, cannot be established by "finding" any pre-existent "meaning" of a law, as the positivist tradition has it; it can only be decided upon. A *non liquet* like that of the ancient Roman law of procedure no longer exists. Modern law proceeds from a prohibition of denying access to the law as well as from a duty to give reasons — both of which are in conformity with the concept of the democratic constitutional state as outlined above. Thus, essentially, law can (re-)create itself only in terms of (*a*) *practice*. This is not an arbitrary process, however, and it is not a matter of "anything goes" in all the individual decisions which constitute day to day law in action. The

[11] Foucault Die Ordnung des Diskurses (Deutsche Ausgabe) (1974).

methodological standards of a constitutionally democratic culture of argumentation complicate decision-making in many ways and to a considerable extent, and subjects the decision to the specific demands of *recognition* or *acceptability*. Moreover (as I said before), a decision is also subject to rules of the current law that deal with and are relevant for methodology. I have developed a comprehensive "Juristic Methodology" showing the way in which, in concrete and operational terms, this practice of decision-making is *not arbitrary*[12]. This methodology cannot be summarized – let alone expounded – here. It proceeds even to a level where it provides operational guidelines for determining preferences when, in a particular case calling for a solution, particular forms of argument are in conflict.

The reality of the law is a reality of conflict and the reality of the law's semantics is a semantic struggle. This shows us a second possibility. Is it really different in a system where precedent prevails? The authority of the binding previous judgments of a "higher" court seems to bear out this reality. But then only at first glance. At second glance, a nagging question arises in statute law: is the norm-text X indeed "a case in point" for my actual case or, if not (as one of the litigants or some or other scholar or expert witness or part of the case law maintains), is it norm-text Y or even Z? So much for statute law. In the case law system, the controversies have for centuries been about what is structurally analogous. The only difference here is that one asks: is my case indeed sufficiently similar to precedent A so that this precedent must be followed? Or does it rather answer to the facts on which precedent B is based? And the structural similarities go further. Once this question has somehow been answered in the affirmative (and this answer is most certainly open to manifold contestation!), the next question inevitably follows: why did the former court formulate precedent A for its specific case A in this specific way and not in any other? This raises the traditionally thorny question about the *ratio decidendi*. It may be that we, the judges at present, will have to opt for another *ratio* — and this will call the binding force of "apparently fitting" precedents in question. In a system where codified law prevails, the parallel question is: What precisely is the *ratio legis*, the *telos* or the legislated purpose of a precept which "as such" seems to be "to the point", but which, in the end, should rather not be invoked because, in the particular instance, a coherence of purpose is wanting?

The authority of (binding) precedents, just as the authority of a law, in no way relieves us from work and reasoning. All that judges and other juridical decision-makers can do is read, listen, speak, write, sign: always spoken or written linguistic acts; always text, text and text; communicating without exception. Jurists/judges *receive texts* (evidence in a case, *ex parte* applications, commentaries, earlier case law and, above all, the norm-texts — and in the case law system, above all, binding precedents). They *consider texts* (state of the litigation, judicial options, preference for conflicting arguments) and they *finally produce texts*, new text(s), these being their observations in the course of the proceedings and above all their judgments — including the wording (tenor) and the reasons for their judgments.

They do all of this faced with the inevitability of a fundamental ambiguity and the uncertainty of natural language. The certainty or verity of legal concepts and meanings, which legal positivism elevated to a credo, overtaxes natural language and is, so it appears on closer inspection of practice, simply illusory. What honest jurists/judges can and must achieve instead (they have taken an oath of office after all!) is a "certainty" marked by understandable, methodical *working steps* in the *process* of decision-making. And this understandability to others (the litigants, the public, other courts, legal scholars) presupposes methodical honesty, which

[12] Cf Müller Juristische Methodik 7 ed (1997); 9 ed (2004). For a succinct discussion of this theory in English, cf Müller "Basic Questions of Constitutional Concretization" 1999 Stell LR 269.

means that reasons for a judgment should not just be tactical, rhetorical facades that hide the "true reasons" for the decision.

5. Final Remarks

These professional, judicial and ethical demands are of equal pertinence both in statute and case law systems. SLT has long since made theoretically plausible what a neutral observer of the practice in both systems might have suspected intuitively: jurists' labours do not at all centre on *understanding* in the same sense in which we try to "understand" a philosophical treatise or a poème en prose. Judges/jurists themselves, in the course of their work, necessarily generate text – this, of course, lies at the heart of their duty. In doing so they do not only work *with* concepts, but, in the final analysis, *on* concepts too. They do not simply "apply" nor do they merely "interpret". Of course, they also interpret to come to an initial "understanding", but beyond this they also make others understand. In performing their duty they are bound by substantive law, the law of procedure as well as the methodological norms and standards of the culture of argumentation. In short, they are bound in many ways and are altogether challenged and controlled in performing especially their duty of *working with and on texts* within an official institution backed by state authority, for example, within the framework of a court of law.

They perform extremely *complex semantic work* in the absence of unquestionably reliable points of reference (be they precedents or statutes) and with only the occasional assistance of controllable and operational guidelines. Within the domain of natural language there is no magical language with an objective meaning-content or any unquestionable propositions that are in safekeeping and on standby. Meaning itself is thoroughly language-like. An interpretation/decision never arrives at *the* one and only or the pure meaning. It always just substitutes new text for preceding text – with all the factual and linguistic onuses of justification this entails. These onuses must always be borne, on the rubble of the tower of Babel, and together with the responsibility for judicial doing they can neither be shirked nor delegated to either legislative labour (expounded in legislated norm-texts) or to the antecedent labour of judicial forums (expounded in precedent).

This – SLT has made me realize – may broaden our perspective far beyond that which was possible in terms of traditional concepts. We can also become more open to historical inquiry into previous practice, previous uncertainty, the previous creativity of judges and, last but not least, to an assessment of the system of precedent where it has its origin: in the legal orders of case law which herald the way to something new for us, continental European jurists, as well as for common law jurists themselves.

Amnistie, prescription, grâce: la jurisprudence interaméricaine des droits de l'homme en matière de lutte contre l'impunité[1]

Kathia Martin-Chenut*

L'évolution des moyens de lutte contre l'impunité pour des actes réprouvés par la conscience universelle a conduit les organes de contrôle du système interaméricain de protection des droits de l'homme (la Commission[2] et la Cour[3] interaméricaines des droits de l'homme) à rejeter l'application de certains instruments juridiques tels la prescription, les amnisties, voire les grâces, lorsqu'elles font obstacle à la responsabilité ou à la sanction des auteurs de graves violations des droits de l'homme. Cette chronique de jurisprudence, consacrée au système interaméricain de protection des droits de l'homme, a l'ambition de tracer brièvement le chemin parcouru par la Cour interaméricaine (Cour IDH), en insistant sur certaines de ses décisions emblématiques qui écartent l'application de ces instruments juridiques, regroupés parfois sous l'expression «institutions de clémence»[4].

L'évolution de la jurisprudence interaméricaine est marquée, tout d'abord, par l'affirmation de l'importance de la lutte contre l'impunité; ensuite, par la consécration du droit à la vérité; enfin, par l'affirmation expresse de l'incompatibilité des instruments juridiques faisant obstacle à la responsabilisation et à la sanction des auteurs des graves violations des droits de l'homme avec la Convention américaine des droits de l'homme (CADH)[5].

LA LUTTE CONTRE L'IMPUNITÉ ET L'OBLIGATION D'ENQUÊTER, POURSUIVRE ET PUNIR LES AUTEURS DES VIOLATIONS GRAVES DES DROITS DE L'HOMME

Les organes de contrôle du système interaméricain ont exercé un rôle pionnier dans la lutte contre l'impunité. Celle-ci est définie par la Cour comme le défaut, dans son ensemble, d'en quête, de poursuite, d'arrestation, de jugement et de condamnation des responsables de violations aux droits protégés par la CADH[6].

Les deux textes généraux de protection des droits de l'homme dans le système interaméricain, la Déclaration et la Convention américaines des droits de l'homme, ne contiennent pas de

---

1 Artigo publicado na Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé, Chronique internationale, Droits de l'homme, n° 3 de 2007, pp. 628-640.

* Doutora em Direito pela Universidade de Paris I, Pesquisadora e Coordenadora da Rede ID (Internacionalização do Direito) Franco-Brasileira do Collège de France (http://www.college-de-france.fr/default/EN/all/int_dro/laboratoire.htm).

2 Pour les décisions de la CIDH, V. http://www.cidh.oas.org.

3 Pour les décisions de la Cour IDH, V. http://www.corteidh.or.cr.

4 V. H. Ruiz Fabri, G. Della Morte, E. Lambert-Abdelgawad, K. Martin-Chenut, Les institutions de clémence (amnistie, grâce, prescription) en droit international et droit constitutionnel comparé, Arch. po. crim., n° 28, 2006, pp. 237-253 ; H. Ruiz Fabri, G. Della Morte, E. Lambert-Abdelgawad, K. Martin-Chenut (dir.), *La clémence saisie par le droit. Amnistie, grâce, prescription en droit international et comparé*. Paris, Société de Législation comparée, Coll. de l'UMR de droit comparé, vol. 14, 2007.

5 Pour le texte de la CADH en langue française, V. http://www.cidh.org/Basicos/frbas3.htm.

6 V., par ex., Cour IDH, *Paniagua Morales et autres c/ Guatemala*, 8 mars 1998, Arrêt sur le fond, Série C, n° 37,§ 173; Cour IDH, *Bámaca Velásquez c/ Guatemala*, 25 nov. 2000, Arrêt sur le fond, Série C, n° 70,§ 211; Cour IDH, *Bámaca Velásquez c/ Guatemala*, 22 févr. 2002, décision relative aux réparations, Série C, n° 91,§ 64; Cour IDH, *Bulacio c/ Argentine*, Arrêt sur le fond, 9 sept. 2003, Série C, n° 100,§ 120; Cour IDH, *Maritza c/ Guatemala*, 27 nov. 2003, Série C, n° 103,§ 126; Cour IDH, *Las Hermanas Serrano Cruz c/ El Salvador*, 1er mars 2005, Série C, n° 120,§ 60 et 170. Cour IDH, *Caso Huilca Tecse c/ Pérou*, 3 mars 2005, Série C, n° 121,§ 82.

disposition spécifique concernant le devoir d'enquêter ou de punir les éventuelles violations des droits de l'homme. Toutefois, de la jurisprudence interaméricaine ressort que l'État ne peut pas renoncer à son *ius puniendi* en matière de violation grave des droits de l'homme. Son devoir d'enquêter sur les faits qui sont à l'origine de violations de la Convention américaine, d'identifier et de punir leurs responsables, a été affirmé dès les premières décisions de la Cour en 1988. C'est le cas de l'affaire *Velásquez Rodrigues c/ Honduras*[7].

Lors de cette première décision, la Cour a effectuée une interprétation large de l'obligation contenue à l'article 1(1) de la CADH, affirmant l'obligation de l'État de mettre en place toutes les structures par lesquelles le pouvoir public se manifeste de manière à ce qu'elles soient capables de garantir juridiquement l'exercice des droits de l'homme. De cette obligation, résulte le devoir de l'État de prévenir, enquêter et punir toute violation des droits de l'homme[8]. L'État a le devoir de déclencher des enquêtes *ex officio*, avec célérité et de manière sérieuse, impartiale et effective[9].

Aucune disposition ou institution de droit interne ne peut s'opposer à l'exécution des décisions de la Cour relatives à l'obligation d'enquête et à celle de sanction des responsables des violations des droits de l'homme[10]. Pour que cette obligation d'enquête et de sanction soit respectée, l'État doit écarter tout obstacle *de facto* et *de jure* maintenant l'impunité[11].

Cette dernière est en effet considérée comme néfaste, car elle favorise la répétition chronique des violations des droits de l'homme et l'incapacité des victimes et de leur famille à défendre leurs droits[12].

LA CONSÉCRATION D'UN DROIT À LA VÉRITÉ

La Cour et la Commission (CIDH) attachent une grande importance à l'éclaircissement des faits et à la recherche de la vérité. De la jurisprudence interaméricaine découle l'émergence d'un «droit à la vérité»[13].

Pour la CIDH, l'État a le devoir d'établir la vérité. À ce devoir, correspond un droit à la vérité des victimes et de leur famille, droit qui ressort de la lecture des articles 1.1, 8 et 25 de la CADH. La Commission a insisté sur l'importance de ce «droit à la vérité» lors de certaines de ses décisions[14], affirmant qu'il est un droit à caractère collectif[15] qui permet à la société d'accéder à

---

7 V. Cour IDH, *Velásquez Rodríguez c/ Honduras*, 29 juill. 1988, Série C, n° 4,§ 174.

8 V. Cour IDH, *Velásquez Rodríguez c/ Honduras*, *supra*,§ 166. Cette interprétation sera constamment reprise par la Commission interaméricaine. V., par ex., CIDH, rapport n° 28/92 du 2 oct. 1992, affaires 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 et 10.311 (Argentine) ; rapport n° 1/99 du 27 janv. 1999, affaire 10.480 (El Salvador).

9 V. Cour IDH, *Velásquez Rodríguez c/ Honduras*, *supra*,§ 176 et 177. Cette position de la Cour a souvent été reprise. V., par ex., Cour IDH, *Godínez Cruz c/ Honduras*, 29 janv. 1989, Arrêt sur le fond, Série C, n° 5,§ 187 et 188; Cour IDH, *Durand et Ugarte c/ Pérou*, 16 août 2000, Arrêt sur le fond, Série C, n° 68,§ 123; Cour IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana c/ Suriname*, Série C, n° 124, du 15 juin 2005,§ 146.

10 V. Cour IDH, *Bulacio c/ Argentine*, du 18 sept. 2003, Série C, n° 100,§ 116 et 117.

11 Cour IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana c/ Suriname*, *supra*,§ 207. V., également, l'arrêt récent de la Cour IDH, *Caso La Cantuta c/ Pérou*, décision sur le fond du 29 nov. 2006, série C, n° 162,§ 226.

12 V., par ex., Cour IDH, *Paniagua Morales et autres c/ Guatemala*, *supra*,§ 173; Cour IDH, *Villagrán Morales y otros c/ Guatemala*, décision de réparations, 26 mai 2001, série C, n° 77§ 100; Cour IDH, *Cesti Hurtado c/ Pérou*, décision relative aux réparations, 31 mai 2001, série C, n° 78,§ 63; Cour IDH, *Trujillo Oroza c/ Bolivie*, décision relative aux réparations, 27 févr. 2002, Série C, n° 92,§ 101; Cour IDH, *Maritza c/ Guatemala*, 27 nov. 2003, Série C, n° 103,§ 126; Cour IDH, *Caso Huilca Tecse c/ Pérou*, *supra*,§ 82.

13 En ce qui concerne la consécration de ce droit dans le cadre onusien, V. les travaux de la Commission dès droits de l'homme et du nouveau Conseil des droits de l'homme. Pour la première, V. not., *L'administration de la justice et les droits de l'homme des détenus, Question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques)*, Rapport final de M. Louis Joinet, Commission des Droits de l'Homme, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2.10.1997, rapport final en application de la décision 1996/119,§ 31, Annexe 2: Ensemble de principes pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité: Principe 3. Pour le deuxième, V. le projet de résolution A/HRC/2/L.6/Rev.1, présenté par l'Argentine le 27 nov. 2006.

14 V., par ex., CIDH, 1/99, *El Salvador*, affaire 10.480, 27 janv. 1999.

15 *Idem*,§ 152.

l'information essentielle pour le développement des systèmes démocratiques, et un droit pour les familles des victimes, qui permet une forme de réparation, notamment en cas d'application de lois d'amnistie[16].

Même si un «droit à la vérité» n'est pas expressément reconnu dans la CADH, la Cour interaméricaine l'a considéré en 1997, lors d'une affaire concernant la disparition forcée d'un citoyen péruvien (*Castillo Páez c/ Pérou*), comme un concept émergent en doctrine et en jurisprudence; ce droit concernant, d'ailleurs, le devoir étatique d'enquêter sur les faits à l'origine de violations de la CADH[17]. À partir de 2000, le droit à la vérité acquiert une nouvelle dimension dans la jurisprudence de la Cour qui en vient à lui consacrer un titre à part dans certains de ses arrêts[18]. Pourtant, la Cour n'admet pas l'autonomie de ce droit. Elle le considère comme étant absorbé par les obligations contenues dans les articles 8 et 25[19]. La Cour considère le droit à la vérité comme une condition de l'effectivité du droit à un process équitable et à un recours judiciaire efficace.[20]

L'INAPPLICABILITÉ DES AMNISTIES, DE LA PRESCRIPTION, VOIRE DES GRÂCES LORSQU'ELLES FONT OBSTACLE À LA RESPONSABILITÉ OU À LA SANCTION DES AUTEURS DE VIOLATIONS GRAVES DES DROITS DE L'HOMME

Le rejet de ces instruments se fait dans le but d'éviter l'impunité des auteurs de l'acte et d'assurer la réparation aux victimes, tout en permettant l'accès à la vérité. C'est surtout les lois d'amnistie qui ont été mises en cause dans la jurisprudence de la Cour. Cela s'explique du fait de la prolifération de régimes autoritaires en Amérique Latine pendant la seconde moitié du XXe siècle et des diverses lois d'amnistie adoptées. De telles lois peuvent jouer un rôle important dans les processus d'ouverture démocratique. Dans certaines hypothèses, elles permettent des transitions «en douceur», placées sous le signe du compromis et sans rupture. Ces lois peuvent avoir un rôle de protection des démocraties nouvellement établies — et de ce fait faibles — des menaces d'intervention ou d'obstruction à la transition du régime[21]. Il faut pourtant noter que les formes d'amnistie sont variées.

Une étude récente met en exergue le caractère polysémique du terme «amnistie»[22]. Ce terme couvre diverses situations, des amnisties unilatérales à celles adoptées d'un commun accord; des autoamnisties à celles adoptées par le gouvernement qui succède à celui dans lequel les faits ont été commis; des amnisties conditionnelles, dont le champ d'application est limité, aux amnisties inconditionnelles.

L'Amérique Latine est représentative de cette diversité et les organes de contrôle du système interaméricain ont dû se prononcer.

---

16 *Idem*,§ 150.

17 V. l'affaire *Castillo Páez*, 3 nov. 1997, Série C, n° 34,§ 86 et 90.

18 V. Cour IDH, *Bámaca Velásquez c/ Guatemala*, 25 nov. 2000, Série C, n° 70, titre XVI, V., également, Cour IDH, *Barrios Altos c/ Pérou*, 14 mars 2001, Série C, n° 75, titre VIII.

19 V. Cour IDH, *Bámaca Velásquez c/ Guatemala*, *supra*,§ 201. V., également, Cour IDH, *Barrios Altos c/ Pérou*, Arrêt sur le fond, *supra*,§ 48. V., pour les décisions plus récentes, Cour IDH, *Blanco Romero y otros c/ Venezuela*, 28 nov. 2005, Série C, n° 138,§ 62; Cour IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello c/ Colombie*, 31 janv. 2006, Série C, n° 140,§ 219; Cour IDH, *Almonacid Arellano c/ Chili*, décision de fond du 26 sept. 2006, série C 154,§ 148.

20 V. Cour IDH, affaire *Bámaca Velásquez c/ Guatemala*, *supra*,§ 197 à 201.

21 V., à ce propos, S. Lefranc, Protéger la démocratie de ses protecteurs attitrés. Le dilemme des démocraties nouvelles, Cah. sécurité intérieure, n° 51, 2003, pp. 89-111.

22 V. G. Della Morte, rapport sur les amnisties *in* H. Ruiz Fabri, G. Della Morte, E. Lambert-Abdelgawad, K. Martin-Chenut (dir.), *La clémence saisie par le droit. Amnistie, grâce, prescription en droit international et comparé, op. cit.* ; H. Ruiz Fabri, G. Della Morte, E. Lambert- Abdelgawad, K. Martin-Chenut, *Les institutions de clémence (amnistie, grâce, prescription) en droit international et droit constitutionnel comparé, op. cit.*, pp. 239 et 240.

La CIDH s'est manifestée en 1992 lorsqu'en Argentine des lois d'amnistie ont été adoptées et les poursuites à l'encontre de militaires arrêtées. La Commission a alors soutenu l'incompatibilité des lois d'amnistie avec l'article 8 CADH (droit à un procès équitable) car elles ont empêché les victimes d'exercer leur droit à demander devant une juridiction la determination des responsabilités pénales dans le cadre de violations graves des droits de l'homme[23]. La CIDH a repris cette position lors de décisions concernant l'Uruguay[24], le Salvador[25] et le Chili[26]. La Cour IDH a été appelée à se prononcer pour la première fois sur des lois d'amnistie em 1997, lors d'une affaire relative à des disparitions forcées mettant en cause le Pérou: affaire *Castillo Paéz*[27]. Il s'agissait d'une loi d'autoamnistie. Lors de sa décision concernant les reparations[28], la Cour a précisé que les lois d'autoamnisties appliquées au niveau national avaient empêché l'identification des responsables de la disparition de la victime faisant obstacle tant au droit des membres de sa famille de connaître le sort de la dépouille de celle-ci, qu'à leur droit à réparation.

Mais la décision emblématique de la Cour en la matière n'a été adoptée que quelques années plus tard, dans l'affaire *Barrios Altos* mettant également en cause le Pérou[29]. Cette décision a été qualifiée d'«historique» par le juge brésilien siégeant à la Cour dans son opinion individuelle. Pour la première fois un tribunal international déclarait qu'une loi d'amnistie était dépourvue d'effet. Même si l'affaire, à l'origine, ne concernait que les amnisties, la Cour a aussi condamné dans cette décision la prescription ou toute autre mesure excluant la responsabilité, empêchant les enquêtes et la sanction des auteurs de graves violations des droits de l'homme.

1. La décision emblématique : affaire Barrios Altos c/ Pérou (Arrêt sur le fond du 14 mars 2001, Série C 75)

1.1 Contexte de l'affaire

Le contexte de cette affaire est celui de violences politiques infligées à la population péruvienne pendant le gouvernement d'Alberto Fujimori.

Dès 1989, le Service national d'intelligence péruvien a entrepris un plan de surveillance d'activistes «pro subversifs» dans le quartier «Barrios Altos», au centre de Lima. Le 3 novembre 1991, des agents du Service d'intelligence de l'Armée de terre, agents de l'État agissant de manière clandestine au sein d'un «escadron d'élimination» dénommé groupe «Colina», ont fait irruption lors d'une fête, exécuté quinze personnes et blessé quatre autres. Des procédures ont été déclenchées devant la justice ordinaire en avril 1995, toutefois, une loi amnistiant les membres de forces de sécurité (militaires, policiers et civils) mis en cause dans des affaires relatives à des violations des droits de l'homme commises entre 1980 et 1995 a été adoptée en urgence (loi n° 26479). Par conséquent, les procédures déclenchées ont été classées.

En se fondant sur une disposition constitutionnelle selon laquelle les juges sont tenus de ne pas appliquer les lois qu'ils considèrent contraires à la Constitution, la magistrate en charge des affaires en question a décidé que la loi d'amnistie ne s'appliquait pas aux affaires sous sa

---

23 V. CIDH, rapport n° 28/92, 2 oct. 1992.
24 V. CIDH, rapport n° 29/92, 2 oct. 1992.
25 V. CIDH, rapport n° 1/99, 27 janv. 1999.
26 V. CIDH, rapport 133/99, 19 nov. 1999.
27 *Castillo Páez c/ Pérou*, 3 nov. 1997, Série C, n° 34.
28 *Castillo Páez c/ Pérou*, décision relative aux réparations, 27 nov. 1998, Série C, n° 43,§ 105 et 106.
29 V. l'Affaire *Barrios Altos*, 14 mars 2001, Série C, n° 75.

responsabilité, parce qu'une telle loi violait les garanties constitutionnelles et les obligations internationales que la CADH imposait au Pérou.

La réponse du gouvernement à la résistance de l'institution judiciaire a été l'adoption d'une nouvelle loi (loi n° 26492), élargissant le champ de l'amnistie, mais surtout déclarant que celle-ci n'était pas susceptible d'être révisée en justice et était d'application obligatoire. Le but de cette deuxième loi était d'empêcher l'autorité judiciaire de se prononcer sur la légalite ou l'applicabilité de la première loi d'amnistie. L'adoption de cette deuxième loi a impliqué le classement de l'affaire *Barrios Altos* au niveau national.

1.2 La procédure devant la CIDH

Face aux obstacles dressés au niveau interne, des organisations de protection des droits de l'homme se sont tournées vers le système interaméricain. Des plaintes ont été présentées devant la CIDH en 1995 et 1996 (affaires n° 11.528 et 11.601) invoquant la violation de la CADH[30] du fait de l'adoption des lois d'amnistie en question.

La CIDH, en mars 2000, a adopté le rapport n° 28/00 recommandant à l'État de supprimer les effets des lois d'amnistie du fait qu'elles empêchaient l'enquête, la poursuite et la sanction des responsables des meurtres et atteintes à l'intégrité physique commises dans le cadre de l'affaire «Barrios Altos». Le Pérou a, à ce stade, répondu que l'adoption et l'application de telles lois constituaient des mesures exceptionnelles adoptées en réponse à la violence terroriste.

À la suite de la procédure devant la CIDH, celle-ci a saisi la Cour en juin 2000. Parmi les articles invoqués par la Commission, se trouvaient les articles 8 (garanties judiciaires, plus exactement, procès équitable), 25 (protection judiciaire, plus précisément, droit à un recours effectif) et 13 (libertés de pensée et d'expression), mais également des articles 1.1 (obligation générale de garantir et de respecter les droits contenus dans la CADH) et 2 (devoir d'adopter des dispositions en droit interne), dont la violation ressort de l'adoption et l'application des lois d'amnistie n° 26479 et n° 26492.

1.3 La position de la Cour

Dans un titre consacré à «l'incompatibilité des lois d'amnistie avec la Convention» (TitreVII) la Cour a considéré comme «inadmissibles les dispositions d'amnistie, de prescription et l'établissement de mesures excluant la responsabilité prétendant empêcher les enquêtes et la sanction des responsables des graves violations de droits de l'homme comme la torture, les exécutions sommaires, extralégales ou arbitraires et les disparitions forcées; elles sont toutes interdites car elles contreviennent aux droits inabrogeables reconnus par le droit international des droits de l'homme»[31].

La Cour retient, dans cette affaire, la violation des articles 8 et 25 de la CADH. Les lois en question ont empêché les proches des victimes et les victimes survivantes d'être entendues par un juge (art. 8.1) et ont violé le droit à la protection judiciaire (art. 25). Ces articles sont intimement liés et souvent traités ensemble dans la jurisprudence interaméricaine. Du fait d'avoir empêché l'enquête, l'arrestation, le jugement et la sanction des responsables, ces lois ont violé l'article 1.1 CADH. Enfin, par l'adoption de telles lois incompatibles avec la CADH, l'État n'a pas respecté l'obligation d'adapter son droit interne violant, de ce fait, l'article 2 de la CADH[32].

---

[30] Ratifiée par le Pérou le 7 juill. 1978.

[31] V. Cour IDH, *Barrios Altos c/ Pérou*, *supra*§ 41 ; traduction de l'espagnol faite par l'auteur.

[32] V. Cour IDH, *Barrios Altos c/ Pérou*, *supra*§ 42.

1.3.1 Des lois qualifiées d'autoamnistie et privées d'effets juridiques

La Cour a qualifié ces textes péruviens de «lois d'autoamnistie[33]». Ils perpétuent l'impunité et de ce fait sont manifestement incompatibles avec le texte et l'esprit de la CADH. Ces lois empêchent l'identification des individus responsables de violations des droits de l'homme dès lors qu'elles constituent un obstacle à l'enquête et à l'accès à la justice, empêchant les victimes et leurs proches de connaître la vérité, ainsi que de bénéficier de la réparation correspondante[34].

Par conséquent, les lois en question n'ont pas d'effet juridique et ne peuvent pas représenter un obstacle ni à l'enquête sur les faits, ni à l'identification et au châtiment des responsables. Enfin, ces lois ne peuvent pas avoir d'impact sur d'autres affaires de violation des droits de l'homme ayant eu lieu au Pérou[35].

Il faut noter que la Cour n'a pas retenu la violation de l'article 13.1 (libertés de pensée et d'expression, plus spécifiquement, droit de rechercher et de recevoir des informations) comme fondement du droit à la vérité. Elle a, comme il a déjà été noté, considéré ce droit comme absorbé par le droit de la victime et de ses proches à obtenir des organes compétents de l'État l'éclaircissement des faits et des responsabilités correspondantes, à travers l'enquête et le jugement prévues par les articles 8 et 25 de la CADH[36].

1.3.2 Approche commune des amnisties, de la prescription et de la grâce

Dans l'affaire *Barrios Altos*, même si la Cour ne devait se prononcer que sur les lois d'amnistie péruviennes, elle a considéré également comme inadmissibles la prescription, ainsi que l'établissement de mesures excluant la responsabilité prétendant empêcher les enquêtes et la sanction des responsables des violations graves aux droits de l'homme[37]. La jurisprudence interaméricaine adopte ainsi une approche commune des instruments juridiques objet de cette étude, malgré leur diversité, en les mettant tous les trois en accusation dans la lutte contre l'impunité des graves violations des droits de l'homme[38]. Dans la formule utilisée dans le paragraphe 41 de l'arrêt *Barrios Altos* et réutilisée à plusieurs reprises, la prescription et l'amnistie font expressément l'objet d'un traitement commun, tandis que la grace est associée de manière indirecte, notamment dans une formule légèrement modifiée[39], ou la Cour condamne les «mesures prétendant empêcher [...] les effets de la condamnation». Cette approche commune peut être notée également dans la jurisprudence européenne de protection des droits de l'homme[40].

2. Les effets de la décision emblématique Barrios Altos c/ Pérou

Trois mois après la décision de la Cour IDH, la CIDH, en conformité avec l'article 67 de la CADH, a présenté devant la Cour un recours en interprétation. La CIDH demandait alors si cette

---

34 V. Cour IDH, *Barrios Altos c/ Pérou, supra*§ 43.

35 V. Cour IDH, *Barrios Altos c/ Pérou, supra*§ 44.

36 V. Cour IDH, *Barrios Altos c/ Pérou*, arrêt sur le fond, *supra*§ 48.

37 V. l'affaire *Barrios Altos*, arrêt sur le fond, *supra*§ 41.

38 Pour plus d'informations sur ce que les auteurs ont dénommé d'approche globalisante, V. E. Lambert-Abdelgawad et K. Martin-Chenut, rapport sur la prescription *in* H. Ruiz Fabri, G. Della Morte, E. Lambert-Abdelgawad, K. Martin-Chenut (dir.), *La clémence saisie par le droit. Amnistie, grâce, prescription en droit international et comparé, op. cit.*

39 V., par ex., *Molina Theissen c/ Guatemala*, décision relative aux réparations, 3 juill. 2004, Série C 108,§ 83; *19 comerciantes*, 5 juill. 2004, Série C 109,§ 263; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, 8 juill. 2004, Série C 110,§ 232; *Tibi c/ Ecuador*, 7 sept. 2004, Série C 114,§ 259; *Caso Masacre Plan de Sánchez c/ Guatemala*, réparations, Série C116, 19 nov. 2004,§ 99; *Caso de las hermanas Serrano Cruz c/ El Salvador*, 1er mars 2005 , Série C 121,§ 172; *Caso Huilca Tecse c/ Pérou*, 3 mars 2005, Série C 121,§ 108; *Gutiérrez Soler c/ Colombie*, 12 sept. 2005, Série C 132,§ 97; *Gómez Palomino c/ Perou*, 22 nov. 2005. Série C 136,§ 140.

40 V. CEDH, *Abdülsamet Yaman c/ Turquie*, 2 nov. 2004, n° 32446/96, 2° section,§ 55.

décision s'appliquait seulement au cas concret analysé par la Cour ou si elle avait un effet général et était applicable à tous les cas de violations des droits de l'homme où les lois d'amnistie péruviennes avaient été appliquées.

2.1 Interprétation de la décision sur le fond (Recours en interprétation, du 3 septembre 2001, Série C 83)

Lors de sa décision du 3 septembre 2001 relative à la demande d'interprétation de la décision sur le fond *Barrios Altos*, la Cour considère que l'adoption d'une loi manifestement contraire aux obligations d'un État partie constitue *per se* une violation de la Convention. Par conséquent, étant donné la nature de la violation des droits de l'homme représentée par les lois péruviennes, la décision de fond a des effets juridiques généraux[41].

2.2 Impact de la jurisprudence interaméricaine dans la région

L'interprétation conférant un effet général à la décision *Barrios Altos* implique-t-elle un effet *erga omnes* de l'arrêt sur le fond ? Son application dépasserait-elle les frontières du Pérou? Même si la Cour IDH, dans son interprétation, s'est limitée aux affaires où les lois d'amnistie péruviennes étaient appliquées, les conséquences de la décision *Barrios Altos* ont affecté non seulement le pays condamné par la Cour, mais également d'autres pays du continent.

Au Pérou, des affaires ont été rouvertes à la suite de la dénégation d'effets juridiques aux lois d'amnistie par les juridictions nationales en application de la décision interaméricaine. Il faut également noter que des exceptions de prescription et de chose jugée ont aussi été écartées par les juridictions nationales à la suite de la décision en question. Dans un de ses derniers arrêts contre le Pérou (*Caso La Cantuta c/ Pérou*)[42], la Cour reconnaît que sa décision de 2001 a eu des effets immédiats et contraignants en droit interne et que celle-ci se trouve pleinement incorporée au plan normatif interne[43]. Dans cet arrêt de 2006 plusieurs exemples de mesures prises par le Pérou en application de la décision *Barrios Altos* peuvent être remarqués[44].

Mais les impacts de la décision de 2001 dans d'autres pays d'Amérique du Sud, tels le Chili[45] et l'Argentine[46], sont non négligeables[47]. Dans ce dernier pays, la décision de la Cour interaméricaine a joué un rôle important dans l'annulation des lois n° 23492 de 1986 («Loi du Point final»[48]) et n° 23521 de 1987 («Loi de l'obéissance due»[49]) qui empêchaient les poursuites des militaires pour des infractions commises pendant la dictature des années 70 et 80[50]. Plus récemment, elle a été invoquée par la Cour suprême argentine qui en revenant sur sa position des années quatre-vingt-dix a déclaré inconstitutionnelles les grâces prévues par le décret n° 1002/89[51].

---

41 V. *Barrios Altos*, Recours en interprétation, 3 sept. 2001, Série C, n° 83,§ 18.

42 Cour IDH, *Caso La Cantuta c/ Pérou*, décision sur le fond du 29 nov. 2006, série C, n° 162.

43 Cour IDH, *Caso La Cantuta c/ Pérou, supra*,§ 186.

44 Cour IDH, *Caso La Cantuta c/ Pérou, supra*,§ 164 et 180.

45 Pour une liste des décisions chiliennes rejetant l'application des amnisties, V. Cour IDH, *Almonacid Arellano c/ Chili*, Arrêt sur le fond du 26 sept. 2006, Série C, n° 154,§ 82.25, note de bas de page n° 85.

46 V., La Corte Suprema pidió el fallo de la Corte Interamericana, http://www.aprodeh.org.pe/barrios_altos/29mar2001.htm (consulté le 4 juill. 2005). Selon ce document, la Cour suprême argentine aurait demandé à la Cour interaméricaine une copie de sa décision contre le Pérou.

47 V., à ce sujet, Pablo Saavedra Alessandri, La respuesta de la jurisprudencia de la Corte interamericana a las diversas formas de impunidad y sus consecuencias, *in* S. Garcia Ramirez (dir.), *Derecho penal - Memoria del Congreso internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados*, Instituto de investigaciones jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 453-478.

48 Punto final.

49 Obediencia debida.

50 V., not., la décision de la Chambre d'appel du 9 nov. 2001 (CFCyC, affaire 17.889, *Incidente de apelación de Simón, Julio*) et la décision de la Cour suprême du 14 juin 2005 (CSJN, *Simon, Julio Héctor y Otros*, § 90).

51 V., Mazzeo, Julio Lilo y otros, 13 juill. 2007, § 23.

Certes l'application de la jurisprudence interaméricaine en droit interne n'est pas toujours aisée. Avant l'annulation des lois argentines, il a fallu diverses tentatives de contournement de ces textes, comme le déclenchement de procédures fondées sur des infractions non couvertes par l'amnistie ou par les grâces présidentielles de 1989-1990[52]. Quant à la prescription, écartée au même titre que l'amnistie par l'arrêt *Barrios Altos* et par d'autres décisions qui l'ont suivi[53], une certaine résistance à admettre l'imprescriptibilité d' infractions considérées comme de graves violations des droits de l'homme peut être relevée. À titre d'exemple, dans l'affaire *Trujillo Oroza c/ Bolivie*[54], la Bolivie s'était engagée à poursuive les responsables des violations des droits de l'homme; pourtant, malgré les efforts des autorités boliviennes, la justice nationale a déclaré la prescription de l'action pénale. Aussi, lors de la phase des réparations[55], la solution choisie pour le jugement des responsables n'a pas été l'affirmation de l'imprescriptibilité mais la considération du caractère permanent de l'infraction, ce qui permet d'écarter indirectement la prescription[56].

2.3 Une jurisprudence régionale qui n'est pas isolée

La jurisprudence de la Cour interaméricaine n'est pas isolée. Il semble exister une interaction entre les systèmes régionaux interaméricain et européen, voire onusien[57]. La jurisprudence de la Cour IDH est par exemple partagée par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies et par la Cour européenne des droits de l'homme. Dans certaines de ses décisions, le Comitê des droits de l'homme des Nations Unies est explicite par rapport aux restrictions à l'utilisation de ces instruments. Il en est ainsi dans ses observations finales du 22 août 2003, à l'occasion de l'analyse des rapports soumis par El Salvador[58], où le Comité se déclare préoccupé par la loi d'amnistie générale de 1993 qui porterait atteinte au droit à un recours utile prévu à l'article 2 du Pacte «car elle empêche d'engager des poursuites contre tous les responsables de violations des droits de l'homme et de les châtier et qu'elle empêche aussi les victimes d'obtenir réparation»[59]. Le Comité se montre également inquiet du régime de la prescription dans ce pays, qui devrait être révisé «pour qu'il soit possible de faire enquêter sur les violations des droits de l'homme et de les réprimer»[60]. Quant au système régional européen de protection des droits de l'homme, dans l'affaire *Abdülsamet Yaman c/ Turquie*[61], où le requérant avait intenté des procédures pénales au niveau interne contre les agents de police qui lui avaient infligé des tortures, mais s'était vu opposer la prescription, la CEDH a conclu à une violation de l'article 3 de la CEDH et a considéré qu'en cas de torture ou de mauvais traitements, le droit à un recours effectif est enfreint dès lors que les procédures pénales sont prescrites ou qu'une amnistie ou une grâce est accordée[62].

---

52 Comme, par ex., « l'appropriation d'enfants ». Environ 500 enfants de dissidents politiques tués pendant le régime autoritaire ont été adoptés ou tout simplement enregistrés comme enfants naturels par certains militaries ou civils proches des militaires. Pour plus d'informations à ce propos, V. le site des grand-mères de Plaza de Mayo, femmes réunies depuis 1977 pour rechercher leurs petits-enfants disparus, www.abuelas.org.ar).

53 V., par ex., Cour IDH, *Trujillo Oroza c/ Bolivie*, décision relative aux réparations du 27 févr. 2002, Série C, n° 92 et Cour IDH, *Bullacio c/ Argentine*, Arrêt sur le fond du 18 sept. 2003, Série C, n° 100. Selon la Cour dans cette affaire contre l'Argentine « [...] aucune disposition ou institution de droit interne, parmi eux la prescription, ne pourrait s'opposer à l'exécution des décisions de la Cour quant à l'investigation et sanction des responsables de violations des droits de l'homme ».

54 Arrêt sur le fond du 26 mars 2000, Série C, n° 64.

55 *Trujillo Oroza c/ Bolivie*, décision relative aux réparations du 27 févr. 2002, Série C, n° 92.

56 V. Tribunal Constitutionnel, *Auto supremo* n° 25/2002 du 27 févr. 2002. Pour plus d'informations concernant cette affaire, V. le rapport sur la Bolivie établie par Elizabeth Santalla Vargas, *in* Ambos et Malarino (dir.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, Konrad-Adenauer- Stiftung A.C., 2003, not. pp. 103, 105 et 106.

57 Pour plus d´informations, V. E. Lambert-Abdelgawad et K. Martin-Chenut, rapport sur la prescription, *in* H. Ruiz Fabri, G. Della Morte. E. Lambert-Abdelgrawad, K Martin-Chenut (dir.), *La clémence saisie par le droit. Amnistie, grâce, prescription en droit international et comparé*, op. cit.

58 CCPR/CO/78/SLV, *Observations finales du Comité des droits de l'homme, El Salvador*, 22 août 200

59 V. CCPR/CO/78/SLV, 22 août 2003 n° 6.

60 V. CCPR/CO/78/SLV, 22 août 2003, n° 7.

61 CEDH, *Abdülsamet Yaman c/ Turquie*, 2 nov. 2004, n° 32446/96, 2° section.

62 V.§ 55.

3. L'évolution de la jurisprudence : affaire Almonacid Arellano c/ Chili (Arrêt sur le fond du 26 sept. 2006, série C 154)

Depuis sa décision de 2001, la Cour IDH affirme de manière constante l'inadmissibilité des instruments juridiques pouvant exclure la responsabilité ou empêcher les poursuites pénales ou encore les effets de la condamnation[63]. Parmi les dernières affaires appréciées par la Cour en la matière, dans l'affaire *Almonacid Arellano c/ Chili*, la Cour ne se limite pas à répéter la formule élaborée lors de l'arrêt *Barrios Altos c/ Pérou* (§ 41 de la décision sur le fond). Des éléments nouveaux viennent enrichir la jurisprudence interaméricaine, notamment des développements ayant trait au droit international pénal.[64]

3.1 Contexte de l'affaire

L'affaire concerne l'exécution extrajudiciaire d'un enseignant et militant du parti communiste en 1973, pendant la dictature chilienne, et le déni de justice qui a suivi cette exaction. Une action a été intentée en 1992 devant la justice ordinaire, mais a été transférée à la justice militaire en 1996 sous l'argument que lors des faits, les accusés étaient des militaires de l'active en service et de ce fait soumis à la justice militaire. En 1997, la justice militaire, sans réaliser aucune démarche probatoire, a appliqué le décret loi n° 2.191 du 18 avril 1978, um texte portant amnistie. La décision de la justice militaire précisait que l'amnistie était une institution fondée sur la sécurité juridique et que son but était l'obtention de la paix sociale, fin ultime du droit. Selon cette décision, avec l'amnistie, l'infraction cesse de l'être.[65]

3.2 La position de la Cour

Dans cette affaire, qui analyse le défaut de justice depuis l'avènement de la démocratie au Chili[66], la Cour entérine sa jurisprudence *Barrios Altos*[67]. Elle adopte, toutefois, un raisonnement nouveau par rapport à sa décision de 2001, faisant appel au droit international pénal. Son raisonnement est dévoilé dans le paragraphe 90 de la décision. Dans un premier temps, elle cherche à savoir si l'exécution extrajudiciaire de M. Almonacid Arellano peut être qualifiée de crime contre l'humanité. Ensuite, elle cherchera à établir si un tel crime est ou non susceptible d'amnistie. Enfin, si le crime n'est pas susceptible d'amnistie, elle cherchera à établir si le décret

---

63 V., not., Cour IDH, *Trujillo Oroza c/ Bolivie*, décision relative aux réparations, *supra*§ 106; Cour IDH, *Caracazo c/ Venezuela*, décision relative aux réparations du 19 août 2002, Série C, n° 95,§ 119; Cour IDH, *Bulacio c/ Argentine*, *supra*,§ 116 et 117; Cour IDH, *Juan Humberto Sánchez c/ Honduras*, 26 nov. 2003, Série C, n° 102,§ 60; Cour IDH, *Myrna Mack Chang*, 25 nov. 2003, Série C, n° 101,§ 276; Cour IDH, *Molina Theissen c/ Guatemala*, décision relative aux réparations, 3 juill. 2004, Série C, n° 108,§ 84; Cour IDH, *19 comerciantes* 5 juill. 2004, Série C, n° 109,§ 262; Cour IDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, 8 juill. 2004, Série C, n° 110,§ 150,151, 232 et 233 ; Cour IDH, *Tibi c/ Equateur*, 7 sept. 2004, Série C, n° 114,§ 259; Cour IDH, *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*, Série C, n° 117, 22 nov. 2004,§ 130; Cour IDH, *Caso Masacre Plan de Sánchez c/ Guatemala*, réparations, Série C, n° 116, 19 nov. 2004,§ 99; Cour IDH, *Caso de las hermanas Serrano Cruz c/ El Salvador, supra*§ 172; Cour IDH, *Caso Huilca Tecse c/ Pérou*, *supra*§ 108; Cour IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana c/ Suriname*, *supra*§ 206; Cour IDH, *Gutiérrez Soler c/ Colombie*, 12 sept. 2005, Série C, n° 132,§ 97; Cour IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán c/ Colombie*, 15 sept. 2005, Série C, n° 134,§ 304; Cour IDH, *Gómez Palomino c/ Perou*, 22 nov. 2005, Série C, n° 136,§ 140; Cour IDH, *Blanco Romero y otros c/ Venezuela*, 28 nov. 2005, Série C, n° 138,§ 98; Cour IDH, *Baldeón García c/ Pérou*, 6 avr. 2006, Série C, n° 147,§ 201; Cour IDH, *Caso de las Masacres de Ituango c/ Colombie*, 1er juil. 2006, Série C. n° 148,§ 402; Cour IDH, *Caso Montero Aranguren y Otros (Retén de Catia) c/ Venezuela*, 5 juil. 2006, Série C, n° 150,§ 141. Plus récemment, V. Cour IDH, *Almonacid Arellano c/ Chili*, Arrêt sur le fond du 26 sept. 2006, série C 154,§ 112 et Cour IDH, *La Cantuta c/ Pérou*, Arrêt sur le fond du 29 nov. 2006, Série C, n° 162,§ 152.

64 Doit également être mentionné, même s'il ne sera pas analysé dans cette chronique, l'arrêt *La Cantuta c/ Pérou* (Arrêt sur le fond du 29 nov. 2006, Série C, n° 162) sur une affaire relative à des exécutions extrajudiciaires d'un professeur et de neuf étudiants universitaires par le même groupe ayant commis les faits condamnés dans l'arrêt *Barrios Altos*, qui reprend plusieurs des considérations contenues dans la décision contre le Chili.

65 V. Cour IDH, *Almonacid Arellano c/ Chili, supra*,§ 82.20.

66 Le Chili est partie à la Convention américaine depuis le 21 août 1990 et la Cour reconnaît sa compétence pour des faits postérieurs à cette date, ou pour des faits dont le commencement d'exécution est postérieure au 11 mars 1990.

67 V. Cour IDH, *Almonacid Arellano c/ Chili, supra*,§ 112.

loi n° 2.191 du 18 avril 1978 viole la Convention américaine. Pour qualifier l'exécution extrajudiciaire en question de crime contre l'humanité, la Cour fait appel à la jurisprudence des juridictions pénales internationales. La Cour renvoie à l'arrêt *Tadic* du TPIY[68] et considère que «les crimes contre l'humanité incluent la commission d'actes inhumains, comme le meurtre, commis dans un contexte d'attaque généralisée ou systématique contre la population civile. Il suffit qu'un seul acte illicite [...] soit commis dans le contexte décrit pour qu'un crime contre l'humanité se produise»[69]. La Cour precise qu'en 1973, année où l'exécution extrajudiciaire a été commise, la pratique d'un crime contre l'humanité violait une norme impérative de droit international[70] et insiste sur le fait qu'en 1998, lorsque le texte d'amnistie chilien a été appliqué à l'affaire, les statuts des TPI avaient déjà été adoptés, incluant le meurtre en tant que crime international[71]. Tout en affirmant que la politique d'État mise en place pendant la dictature militaire visait à provoquer la peur en attaquant massivement des civils considérés comme opposants, la Cour conclut que l'exécution en question constituait un crime contre l'humanité[72].

Pour considérer, ensuite, l'infraction comme non susceptible d'amnistie, un autre renvoi est fait à la jurisprudence des juridictions pénales internationales. La Cour s'appuie sur l'arrêt du TPIY *Erdemovic*[73] pour affirmer qu'un crime contre l'humanité est en soi une grave violation des droits de l'homme et porte atteinte à l'humanité entière[74]. La Cour finalement «estime que les États ne peuvent pas se soustraire au devoir d'enquêter, identifier et sanctionner les responsables des crimes contre l'humanité en appliquant lois d'amnistie ou autre type de normative interne»[75]. Par conséquent, les crimes contre l'humanité ne sont pas susceptibles d'être amnistiés.

La Cour IDH analyse le texte chilien portant amnistie générale aux responsables de «faits délictueux» commis entre le 11 septembre 1973 et le 10 mars 1978 et son application à l'affaire en question. La Cour affirme que les lois d'amnistie comme la loi chilienne «conduisent à l'incapacité des victimes à défendre leurs droits et à la perpétuation de l'impunité de crimes contre l'humanité étant, de ce fait, incompatibles avec le texte et l'esprit de la Convention américaine»[76]. Par conséquent, le texte chilien, considéré par la Cour comme portant auto-amnistie[77], ne peut pas avoir d'effet juridique empêchant l'enquête des faits, l'identification et le châtiment des responsables[78]. Le maintien du texte portant autoamnistie à partir d'août 1990 constitue *per s*e une violation de la Convention et notamment de son article 2[79]. L'application de ce texte constitue, quant à elle, une violation des droits contenus aux articles 8.1 et 25, impliquant la responsabilité internationale du Chili[80].

En plus de traiter de l'amnistie, la Cour porte un jugement également sur la prescription. Elle affirme que l'infraction commise à l'encontre de M. Almonacid Arellano, en tant que crime

---

68 TPIY, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-1-T, 7 mai 1997,§ 649.

69 V. Cour IDH, *Almonacid Arellano c/ Chili, supra*,§ 96.

70 V. Cour IDH, *Almonacid Arellano c/ Chili, supra*,§ 99. Pour renforcer son raisonnement, la Cour fait reference à l'arrêt de la CEDH *Kolk y kislyiy c/ Estonie* du 17 janv. 2006.

71 V. Cour IDH, *Almonacid Arellano c/ Chili, supra*,§ 101.

72 V. Cour IDH, *Almonacid Arellano c/ Chili, supra*,§ 103 et 104.

73 TPIY, *Prosecutor v. Erdemovic*, IT-96-22-T, 29 nov. 1996,§ 28.

74 V. Cour IDH, *Almonacid Arellano c/ Chili, supra*,§ 105.

75 V. Cour IDH, *Almonacid Arellano c/ Chili, supra*,§ 114 ; traduction de l'espagnol faite par l'auteur.

76 V. Cour IDH, *Almonacid Arellano c/ Chili, supra,* § 119 ; traduction de l'espagnol faite par l'auteur.

77 V. Cour IDH, *Almonacid Arellano c/ Chili, supra*,§ 120.

78 V. Cour IDH, *Almonacid Arellano c/ Chili, supra*,§ 119.

79 V. Cour IDH, *Almonacid Arellano c/ Chili, supra*,§ 121 et 122.

80 V. Cour IDH, *Almonacid Arellano c/ Chili, supra*,§ 128.

contre l'humanité, outre le fait d'être non susceptible d'amnistie, est imprescriptible[81]. La Cour précise, également, que même si le Chili n'a pas ratifié la Convention des Nations Unies sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, l'imprescriptibilité de ces crimes apparaît comme une catégorie de normes de droit international général (*ius cogens*) qui précède la Convention, étant tout simplement reconnu par elle. Par conséquent, il s'agit d'une norme impérative et le Chili est tenu de la respecter[82].

Enfin, un autre élément important dans cette affaire est l'analyse, par la Cour, du rôle des Commissions Vérité Réconciliation (CVR), par rapport à l'obligation de l'État d'engager des poursuites judiciaires. La Commission interaméricaine l'avait déjà fait en affirmant que l'obligation de garantir le droit à la vérité ne remplace pas d'autres obligations de l'État, comme celles d'enquêter et de juger. Celles-ci subsistent indépendamment de l'exécution de la première[83]. Selon la Commission, malgré l'importance du rôle des Commissions Vérité dans l'établissement des faits liés aux violations des droits de l'homme et dans la réconciliation, l'exercice de ses fonctions ne remplace pas la procédure judiciaire comme méthode d'établissement de la vérité[84]. À l'instar de la position de Commission interaméricaine, la Cour, tout en reconnaissant la valeur des travaux de la Commission Nationale Vérité et Réconciliation dans la construction collective de la vérité[85] précise que la «vérité historique» établie par ces types de commissions ne peut se substituer à l'obligation d'atteindre la vérité par le biais d'une procédure judiciaire[86].

Pour conclure, l'évolution du droit international, notamment du droit international des droits de l'homme, force les États à revisiter certains concepts traditionnels de droit penal dans le but de les concilier avec les principes qui fondent ce droit international. La prescription, l'amnistie et la grâce en sont de bons exemples. Ces instruments ne sont pas *per se* condamnés et voués à être éradiqués. C'est l'abus dans leur utilisation qui est mis en cause. Ces instruments juridiques doivent être rejetés, lorsqu'ils sont utilisés de manière à faire obstacle à la découverte de la vérité sur les graves violations des droits de l'homme et à la responsabilité de leurs auteurs, mettant ceux-ci à l'abri des poursuites ou de l'exécution de leur peine et assurant de ce fait leur impunité. Ils ne pourront pas être invoqués dans le but d'exempter l'État d'exécuter une décision de la Cour prônant la réalisation d'enquêtes, le déclenchement des poursuites judiciaires ou la sanction des auteurs des graves violations des droits de l'homme[87].

Si la jurisprudence interaméricaine analysée dans cette chronique représente un grand pas dans l'évolution des moyens de lutte contre l'impunité des graves violations des droits de l'homme, elle pourrait, poussée à l'extrême, représenter un retour en arrière sur certains acquis du droit pénal, surtout en ces temps d'hypertrophie de la répression.

Une réponse à cette crainte peut être trouvée au sein même de la jurisprudence interaméricaine. Certes, les États parties ont l'obligation de poursuivre et de sanctionner les auteurs des violations des droits de l'homme. Pourtant, ils sont également tenus de respecter, lors de l'enquête, de la poursuite et de la sanction, les droits et libertés prévues par la CADH[88]. Par

---

81 V. Cour IDH, *Almonacid Arellano c/ Chili, supra*, § 152, cette position de la Cour a été reprise lors de l´arrêt *La Contuta c/ Pérou*, *supra*, § 225.

82 V. Cour IDH, *Almonacid Arellano c/ Chili*, supra, § 153.

83 V. CIDH, Informe 37/00, Caso 11.481, *Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez,* 13 avr. 2000, mettant em cause le Salvador. V. § 144.

84 Idem, § 149.

85 V. Cour IDH, *Almonacid Arellano c/ Chili*, *supra*, § 149.

86 V. Cour IDH, *Almonacid Arellano c/ Chili*, *supra*, § 150, cette position de la cour a été reprise lors de l´arreêt *La Cantuta c/ Pérou*, supra, §224.

87 V. Cour IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana contre Suriname*, *supra,*§ 167.

88 À propos de l'évolution de la jurisprudence interaméricaine en la matière, V., par ex., Cour IDH, *Caso Velásquez Rodríguez c/Le Honduras*, arrêt sur le fond, *supra,*§ 154; Cour IDH, *Caso Godínez Cruz c/ Honduras*, arrêt sur le fond, *supra,*§ 162; Cour IDH, *Castillo Petruzzi et autres c/ Pérou*, arrêt sur le fond du 30 mai 1999, Série C, n° 52,§ 89 et 204 ; Cour IDH, *Durand et Ugarte c/ Pérou*, Arrêt sur le fond, *supra,*§ 69; Cour IDH, *Bámaca Velásquez c/ Guatemala*, Arrêt sur le fond, *supra,*§ 143 et 174 ; Cour IDH, *Hilaire ,Constantine et Benjamin c/ Trinité- et-Tobago*, 21 juin 2002, Arrêt sur le fond, Série C, n° 94,§ 101; Cour IDH, *Humberto Sánchez c/ Honduras*, 7 juin 2003, Série C, n° 99,§ 86; Cour IDH, *Bulacio c/ Argentine, supra,*§ 124.

ailleurs, en ce qui concerne la sanction, la Cour a déjà eu l'opportunité d'affirmer qu'elle doit viser à l'amendement et à la réadaptation sociale du condamné[89].

L'actuel Président la Cour IDH, dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt *Barrios Altos* avait déjà remarqué que «le système démocratique demande l'intervention pénale minimale de l'État, ce qui entraîne la qualification rationnelle des actes illicites». Il considère, toutefois, que l'obligation d'incrimination de certaines conduites d'extrême gravité, leur enquête efficace et leur sanction est également une nécessité du système démocratique. Cette nécessité est la contrepartie naturelle du principe d'intervention pénale minimale[90].

[89] *Lori Berenson Mejía c/ Pérou*, 25 nov. 2004, Arrêt sur le fond, Série C. n° 119,§ 101.

[90] V. opinion individuelle de M. Ramirez jointe à l'arrêt sur le fond dans l'affaire *Barrios Altos, supra*,§ 14

Os Crimes de Guerra no Direito Internacional de nossos dias

Luiz Olavo Baptista

Associo-me, com este artigo, à homenagem ao bicentenário do STM. Este é o mais antigo dos Tribunais Superiores brasileiros, criado por D. João VI. Quando elevado à categoria de Reino Unido ao de Portugal e Algarves, o Brasil se tornou nação soberana. O STM subsistiu no cumprimento de seu dever no curso da história do Brasil durante o Império, a Proclamação da República, os vários episódios de violação da ordem constitucional, até nossos dias. Conseguiu, mesmo em épocas tumultuadas, preservar sua independência e assegurar, no limite que as leis lhe impunham, a garantia dos direitos individuais e o cumprimento das leis. Sua jurisprudência, cautelosa e fiel aos princípios de interpretação aplicáveis às normas penais, é exemplar.

Meu interesse pela história do direito está ligado à convicção de que ele, como fato cultural que é, elabora-se a partir de valores que evoluem com o tempo. Se esses valores refletem os de cada Nação, também englobam aqueles que a humanidade vai adotando como seus, numa evolução moral. Minha experiência judicante internacional, primeiro na Comissão de Compensação da ONU, e depois no Órgão de Apelação da OMC, que hoje presido, ensinou-me que a relação do direito com a vida – ou seja, com os fatos – funciona como um feed-back contínuo em que as normas são editadas com base em valores, e estes inspiram sua aplicação, servindo a tornar melhor a vida para os seres humanos. A idéia de crimes de guerra é um dos exemplos mais claros de como essa interação ocorre e como ela contribuiu para melhorar a condição dos seres humanos.

A noção de crime de guerra é típica do direito internacional. No interior de cada Estado há crimes militares, mas estes não são crimes de guerra. Enquanto os crimes de guerra são condutas ilícitas em que as vítimas são beligerantes e civis no âmbito internacional, os crimes militares visam aos atos que atentam contra a disciplina, a hierarquia, o funcionamento e as normas estabelecidas para regular as condutas dos militares em cada Estado. Está claro que uns e outros podem ser contemporâneos ou relacionados, mas isto não é uma característica intrínseca de nenhuma dessas espécies.

I. EVOLUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

Os crimes de guerra decorrem de fontes do Direito Internacional Público, e os crimes militares, de fontes internas de cada Estado. Eles integram o Direito Penal Internacional. Este se desenvolveu, até nossos dias, em duas fases. Uma primeira, normativa; outra, mais moderna, institucional.

A primeira fase, normativa. Jeremy Bentham, que além de filósofo e economista foi também jurista, criou a expressão "Direito Penal Internacional" para designar um ramo do Direito Internacional cuja finalidade era estabelecer a cooperação internacional no combate a delitos, cuja tipificação cabia a cada Estado, mas que tivesse interesse internacional.

Esses delitos afetam os interesses da pessoa e os do Estado, além de suas fronteiras. Mas, desde Bentham aos nossos dias, interdependência e integração representam a tônica nas relações entre os Estados. Os intercâmbios e a circulação das pessoas abrem a possibilidade da ocorrência de eventos relevantes penal e internacionalmente. A relevância internacional decorre de esses delitos afetarem a comunidade das Nações em si mesma, ou repercutirem de algum modo em

outro Estado que não aquele em que foram cometidos ou de onde provieram seus autores. Não se trata de delitos internos internacionalizados, mas de ações que têm transcendência e efeitos internacionais. A isso se agrega o fato de que o aumento das atividades externas dos Estados e as ameaças crescentes à sua existência os levaram a ter que defender internacionalmente suas instituições. Por isto, os crimes de guerra integram a noção maior de Direito Penal Internacional. Este é, evidentemente, fruto de uma elaboração contínua ao longo do tempo, com avanços e recuos.

O Direito Internacional Penal clássico é disciplina que não visa a definir crimes e aplicar sanções. Não cuida das atividades criminosas, mas, sim, de coordenar as relações dos Estados em matérias de direito penal nacional, valendo-se de regras sobre conflitos de leis e de cooperação internacional.

Por isto, um autor italiano, Jannacone[1], em 1946, propunha a separação do Direito Penal Internacional do chamado Direito Internacional Penal como nova categoria na topologia jurídica. Embora com diferenças terminológicas, Vespasiano Pella, à mesma época, sustentava que o Direito Penal Internacional englobaria todas as infrações cometidas pelos Estados, ou aquelas em que eles fossem o sujeito passivo das mesmas[2]. Os dois autores citados e outros configuravam uma divisão entre delitos privados de alcance internacional e delitos do Estado.

Desde o século XIX foi se corporificando essa disciplina, que se convencionou chamar na doutrina de Direito Penal Internacional[3]. Uma das definições mais completas foi a de Donnedieu de Vabres, pra quem este é "a ciência que determina a competência de jurisdições estrangeiras, a aplicação de suas leis penais em relação aos locais e às pessoas que regem, e a autoridade sobre seu território das sentenças estrangeiras"[4].

Questões como a extradição e aspectos processuais como a obtenção de provas ou os efeitos de sentenças condenatórias oriundas de outros estados não são referidas nessa definição, embora a integrem.[5] Ao examinar o conteúdo do Direito Penal Internacional, verifica-se que é um ramo do Direito Internacional Privado, cujos métodos e técnica são adotados com finalidade específica. A proximidade metodológica decorre da finalidade de coordenação, que é a mesma nos dois ramos do direito. Fundamentalmente, o Direito Penal Internacional é um estágio mínimo da internacionalização do direito. Ele se limita a estabelecer a cooperação judiciária e, eventualmente, policial entre Estados, a definir as respectivas esferas de jurisdição, coordenando-as e procurando melhorar a eficácia dos respectivos direitos penais internos.

O Direito Internacional Penal tem como fonte[6] os tratados. As matérias abordadas por estes são variadas.

Há regras sobre a proteção dos cabos submarinos, objeto de negociações para celebração de uma convenção entre França, Portugal, Itália e Haiti, em 1863. A conferência da União Telegráfica Internacional de Roma de 1872 cuidou do assunto, e o célebre Institut de Droit International, na sua sessão de Bruxelas em 1879, recomendou a criação de uma conferência internacional sobre a matéria. A conferência de Haia de 1881, relativa à pesca, continha regras de

---

1 Jannacone. **Diritto Penale Internazionale e Diritto Internazionale Penale**. Revista Penale. Novembro 1946.

2 Pella, Vespaziano**. La répression des crimes contre la personalité de l´État. Recueil** t. 33 (1930-III). p. 818; também, **Fonctions pacificatrices du Droit Penal International** en RGDIP 1947, p. I.

3 Há autores que consideram que havia regras jurídicas com a mesma finalidade na Grécia Clássica, nas relações entre as cidades-estado, bem como na Roma Imperial, na Idade Média, e assim por diante.

4 **Les principes modernes du D. I.**. Paris, 1928. p. 30.

5 Muitos autores como Jimenez de Asua e Donnedieu de Vabres, na Europa, e o uruguaio Eustáquio Tomé, na América Latina,acreditam que o D. Penal Internacional está a cavalo entre o D. I. Privado e o D. Público. Não é o caso de discutir aqui esta questão

6 Cf. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**, art. 38.

proteção dos cabos submarinos, e a Convenção de Paris de 1884 contém regras para a punição do delito de causar danos aos cabos submarinos[7]. A falsificação de moeda e outros papéis do estado, como a escravidão (objeto do conhecido Tratado dos cinco, firmado entre Inglaterra, Áustria, Prússia, França e Rússia em 1841, e que deu origem a uma rede de acordos que reuniu 26 nações num esforço contra o tráfico de escravos), são exemplos dessas normas de Direito Internacional visando a internacionalização da repressão a certas condutas. O tráfico de mulheres e crianças é reprimido por tratados, de 1904 e 1910, pela Convenção da Sociedade das Nações de 1921 e pela de 1933. O tráfico de publicações obscenas foi também criminalizado por conta dos esforços da Sociedade das Nações em 1933. O tráfico de entorpecentes foi objeto de acordos desde 1912 com a Conferência Internacional reunida em Haia por iniciativa dos EUA. O tratado de Versalhes, no seu artigo 295 dispunha que ao ratificá-lo as partes subscreveriam a Convenção de Haia de 1912, com o que o número de Estados aderentes a essa convenção chegou a 57. Em 1931, novamente por iniciativa dos EUA, uma convenção para limitar ou regulamentar a fabricação e distribuição de entorpecentes foi firmada, e, depois, modificada e amplificada em 11 de dezembro de 1946, por um Protocolo; e os esforços não pararam por aí, pois a Convenção de Viena de 1988 (de cuja elaboração participei a convite do então Ministro Paulo Brossard) cuida da matéria de modo amplo[8]. O terrorismo aparece como delito internacional[9] depois do assassinato do rei da Iugoslávia, por terroristas croatas que se refugiaram na Hungria, e do Ministro das Relações Exteriores da França, Barthoux, em 1934[10]. A Sociedade das Nações designou uma comissão de peritos para elaborar um projeto de convenção sobre a prevenção e repressão do terrorismo e criação de um Tribunal Penal Internacional. O projeto não recolheu apoios suficientes e esses tratados não entraram em vigor. A pirataria foi outro delito internacionalizado pela Convenção sobre o alto mar de Genebra, de 1958, depois de proibida a atividade dos corsários. Assim, progressivamente foi se formando um corpo de regras de Direito Internacional destinadas à repressão de crimes que representavam ofensas a valores universais. É no mesmo rumo desses tratados e esforços que vai se inserir a questão dos crimes de guerra. Estes foram vistos como atos dos Estados[11] .

Todavia, até meados do século XX, não se havia contemplado a categoria dos crimes cometidos pelo Estado como hoje se faz, associando-os à responsabilidade individual de seus agentes. O caso do Kaiser Guilherme II, contra quem depois da Primeira Grande Guerra se esboçou uma tentativa de julgamento que se frustrou[12], parece ter sido o pioneiro. Com efeito, as

---

7 Cf. SOUBEYROL. **La condition juridique des pipelines em droit international**. AFDI, 1958, p. 158 e ss. ALCORTA**. Princípios de Derecho Penal Internacional**, p. 231: Institut de Droit International, Annuaire, tomo 33-I, 1927.

8 Além destas, há outras convenções, cuja referência aqui se faz ociosa. A referida Convenção de Viena de 1988, denominada Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, foi promulgada em 1991, por meio do Decreto nº 154.

9 Houve, antes, alguns tratados bilaterais e conferências internacionais para cuidar da matéria, mas eramde menor alcance.

10 Um ato de terrorismo, o assassinato do arquiduque da Áustria em Sarajevo, foi apontado como umadas causas da I Grande Guerra. Francisco Fernando, sobrinho e herdeiro do imperador da Áustria, Francisco José I, foi assassinado por um estudante sérvio quando visitava a cidade

11 Cf Hermes Marcelo Huck. **Da guerra justa à guerra econômica**. São Paulo, 1995. pg

12 Os Países Baixos concederam-lhe o asilo. O Tratado de Versalhes continha o artigo 227, determinando que um tribunal internacional deveria ser estabelecido para julgar o Kaiser por "ofensa à moralidade e santidade dos tratados": -ARTICLE 227. The Allied and Associated Powers publicly arraign William II of Hohenzollern,formerly German Emperor, for a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties. A special tribunal will be constituted to try the accused, thereby assuring him the guarantees essential to the right of defence. It will be composed of five judges, one appointed by each of the following Powers: namely, the United States of America, Great Britain, France, Italy and Japan. In its decision the tribunal will be guided by the highest motives of international policy, with a view to vindicating the solemn obligations of international undertakings and the validity of international morality. It will be its duty to fix the punishment which it considers should be imposed. The Allied and Associated Powers will address a request to the Government of the Netherlands for the surrender to them of the ex-Emperor in order that he may be put on trial." (grifo nosso)

reparações de guerra pagas pela Alemanha após 1918, ou pelo Iraque após a invasão do Kuwait eram de natureza monetária e compensatória, assim como o foram aquelas pagas às vitimas de genocídio após a II Grande Guerra. No final da II Grande Guerra os artigos 6 e 8 do tratado que criou o Tribunal Militar de Nuremberg[13], cuja primeira sessão teve lugar em 20 de Novembro de 1945, proferindo as suas sentenças em 3 de Setembro e 1o de Outubro de 1946, definiu os sujeitos que seriam julgados por essa corte, e o Projeto da ONU sobre um Código dos Crimes de Guerra dispunha no seu artigo 1º que "los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, definidos en el Presente Código, son crimines de Derecho internacional y los individuos responsables serán castigados"[14] O elemento moral (configurado pelos valores comuns à humanidade) foi incluído na qualificação da infração, e se reafirmou no texto dos artigos 9 e 11 do Estatuto da Corte, quando enunciou que pertencer a uma organização ou grupo de caráter criminal reconhecido não bastaria para estabelecer a responsabilidade que subordinava-se ao elemento subjetivo, ou seja, o conhecimento do caráter criminoso da organização. Começa aí a fase da institucionalização.

A segunda fase, institucionalização.

Nuremberg foi a primeira Corte de Justiça Internacional. Desde então, vem emergindo lentamente, mas de forma constante, um sistema de justiça global. O procurador americano Robert H. Jackson[15], que atuava no quadro do Tribunal de Nuremberg, no processo intentado contra 80 dirigentes nazistas, enunciou as razões de ordem moral para a construção desse tipo novo de sistema judicial: "A verdadeira parte demandante no vosso tribunal é a civilização" (...) "ela não espera que vós possais tornar a guerra impossível, mas ela espera que vossa decisão colocará a força do direito internacional, suas prescrições, suas defesas e sobretudo, suas sanções, ao serviço da paz(...). Os crimes que nós tentamos condenar e punir foram tão premeditados, tão nefastos e tão devastadores, que a civilização não pode tolerar que se os ignore, porque ela não poderia sobreviver à sua repetição". "Incumbe-nos, além da responsabilidade de zelar para que nosso comportamento durante esse período instável oriente as reflexões do mundo para uma aplicação mais firme das leis da conduta internacional para que a guerra pareça menos sedutora àqueles que têm os governos e o destino dos povos em suas mãos". Nuremberg, embora tenha sido considerado o tribunal dos vencedores, deixou uma herança importante. Foi a destruição da imunidade dos responsáveis e a responsabilidade individual de cada um. Os princípios recordados nos seus julgamentos foram codificados pelos juristas das Nações Unidas de tal forma que os crimes contra a humanidade tornaram-se reconhecidos e sancionados universalmente.

A Convenção Internacional sobre a Prevenção e Repressão do Genocídio e o Tratado sobre a Prevenção e a Repressão da Tortura estabeleceram a obrigação para todos os estados de agir na justiça, no âmbito do seu território, contra os responsáveis dos crimes mais graves. Os estados, então, começaram a ser constrangidos, ainda que de maneira vagarosa, a adotar regras que lhes permitiriam julgar os responsáveis. A Espanha e a Bélgica foram as primeiras a agir. O caso Pinochet[16] antecedeu a acusação de Slobodan Milosevic[17], o primeiro Chefe de Estado denunciado

---

13 Um tribunal similar foi, também, estabelecido para os crimes de guerra cometidos na Ásia, e operou de 1946 a 1948

14 Não há tradução oficial do texto.

15 MAUPAS, Stéphanie. L´essentiel de la justice pénale internationale. Paris, Gualino éditeur, 2007, p 24.

16 Pinochet foi preso em Londres, pela Scotland Yard, em 1998, por determinação do juiz espanhol Baltasar Garzon. Devido às suas condições de saúde, o ministro britânico Jack Straw impediu sua extradição para a Espanha e autorizou sua volta ao Chile, em 2000. O General era acusado de ter cometido os crimes de genocídio, terrorismo e tortura, e faleceu em Santiago, em dezembro de 200.

17 O Tribunal Penal Internacional em Haia solicitou a detenção de Milosevic, em 2001. Neste mesmo ano ele foi preso e transferido para Haia, acusado de ter cometido os crimes de guerra, contra a humanidade e genocídio, durante a guerra civil da ex-Iugoslávia. Em março de 2006, antes de receber uma sentença, ele foi encontrado morto em sua cela, em decorrência de problemas cardíacos.

no exercício de suas funções. É importante notar que a Espanha, ao reivindicar ao Reino Unido a extradição do ditador chileno, invocou uma lei de competência internacional. O fato de , por razões que não cabe aqui discutir, a Espanha não ter obtido a extradição do ditador chileno não diminui o alcance dos efeitos da justiça penal internacional. A lei de competência universal da Bélgica viu e fez com que o número de denúncias congestionasse as instâncias judiciárias do país. Ações contra Ariel Sharon, primeiro ministro de Israel, depois contra os dirigentes norte-americanos, quando da primeira guerra do Iraque, levaram a um conflito diplomático importante. Aí, a política se imiscuiu no judicial. Para as potências dominantes, a competência internacional era vista como uma ameaça; daí porque o governo dos Estados Unidos pressionou o reino da Bélgica a que modificasse a sua legislação.

Donnadieu de Vabres, o procurador francês no Tribunal de Nuremberg, dizia em 1947 que "seria estranho que a cada manifestação da criminalidade internacional devesse suceder a fundação de um tribunal de ocasião". "A afirmação dos princípios de Nuremberg é ilusória, se não existir um órgão pré-constituído e permanente digno de sancioná-los". Ele propugnava pelo que constitui outra etapa do desenvolvimento do Direito Penal Internacional, que se caracteriza pela criação de jurisdições internacionais penais.

Todavia, esse anseio não prosperou com facilidade, pois se manifestaram, a esse propósito, no seio da própria Organização das Nações Unidas, hesitações, dúvidas, e até mesmo oposição. Com efeito, todas as tentativas de criar uma corte internacional penal permanente foram congeladas pela Guerra Fria e ficaram como letra morta até o fim dos anos 90. Foi preciso que ocorresse o genocídio da Bósnia-Herzegovina e, depois, o da Ruanda para que o precedente de Nuremberg, enfim, desse frutos e se tornasse em regra jurídica.

É verdade que houve uma evolução do ponto de vista moral desde Nuremberg até os nossos dias. No Conselho de Segurança, entretanto, o representante da República Tcheca[18] na ONU, em 1994, advertia que "a justiça é uma coisa, a reconciliação outra. O Tribunal poderia ser veículo da justiça, mas ele não foi concebido para ser o veículo da reconciliação. A justiça se ocupa dos criminosos, quer eles compreendam ou não que haviam desviado a sua conduta. Mas a reconciliação é mais complicada porqueela é impossível enquanto os criminosos não tiverem manifestado o seu arrependimento. Só então poderão suplicar às suas vítimas o perdão, só então será possível a reconciliação". Nós assistimos no interior de vários países a um processo em que as violações dos direitos humanos fundamentais seguiram o caminho da reconciliação, em outros, o caminho escolhido foi o do olvido para, a partir dele, tentar construir a reconciliação. No primeiro caso, os sentimentos de dor e de sofrimento encontraram de outro lado a manifestação do pedido de perdão do criminoso e, aí, o reconhecimento da prática do crime é visto como um progresso na afirmação da humanidade da vítima e do autor do delito, e abriu a porta para a reconciliação.

No caso do olvido, o ressentimento e a capacidade de reincidir persistem, ainda que em estado latente, e a sociedade fica sem ter a percepção do que seria uma reconciliação real. Do ponto de vista do direito internacional, nasceu um novo dever internacional para os Estados que ainda é objeto de grandes discussões. Trata-se do dever de ingerência, com o qual emergiu um princípio, que não é tão contestado, o da justiça absoluta e universal. Este último visa a obter a impunidade zero; o dever de ingerência serve de instrumento para o princípio da justiça absoluta e universal.

Mais tarde, o compromisso diplomático permitiu que se criassem os tribunais "ad hoc" para a Ruanda, a ex-Iugoslávia, o Camboja e a Serra Leoa, estabelecendo, nesses acordos, limites para

---

[18] http://www.mzv.cz - Ministério de Negócios Estrangeiros da República Tcheca (m/tradução livre).

atuação dos promotores e preservando um certo controle dos estados sobre a atuação dos tribunais. A competência desses tribunais "ad hoc" tem limites temporais e materiais e oferecem garantias à preservação da soberania dos estados. Veio então a Corte Penal Internacional[19]: ela nasce de um compromisso. De um lado, aqueles que defendiam a necessidade de uma justiça universal absoluta, e, de outro, os que ferozmente defendem as soberanias nacionais. Por isso mesmo, o tratado que a criou, limitou a extensão da sua competência em primeiro lugar às pessoas naturais dos estados que ratificaram esse tratado, ou para os crimes cometidos sob o seu território.

Daí porque, apesar do seu nome de Tribunal Penal Internacional, ele não ter alcance universal. Todavia, há uma brecha no tratado muito importante; é a que permite ao Conselho de Segurança da ONU acionar a Corte em relação a um estado que não tenha ratificado o tratado, como já ocorreu em relação a Darfur. O que aconteceu no decurso destes últimos anos foi que os tribunais "ad hoc" permitiram a criação de um núcleo de profissionais especializados, e as comissões internacionais de diplomatas e juristas que atuam passaram a ter muito mais eficácia do que no passado. A resolução da ONU, por exemplo, criando o Tribunal Especial para o Líbano[20], deu aos trabalhos deste Tribunal uma força legal de justiça internacional. Por que este Tribunal especial do Líbano suscita críticas? É que ele tem no seu âmbito os crimes de terrorismo que não são de competência da Corte Penal Internacional. Assim, embora o Tribunal tenha nascido do movimento de internacionalização de justiça, capitaneado pela ONU, os crimes que ele vai tratar estão definidos no Código Penal Libanês. De fato, o compromisso diplomático que permitiu a criação deste Tribunal aceitou a imposição dos Estados de que os crimes não fossem internacionalizados e proibiram a qualificação do mesmo como crime contra a Humanidade. Assim, nós podemos verificar que, lentamente, passo a passo, vai se construindo uma justiça penal internacional e esta é extremamente importante para a Humanidade.

II. JUSTIÇA PENAL INTERNACIONAL E CRIMES DE GUERRA

Como assinalaram com a habitual lucidez Georges e Rosemary Abi-Saab "é difícil traçar com certeza as origens da noção "crimes de guerra": uma noção que evoluiu com a codificação e o desenvolvimento progressivo do direito dos conflitos armados e, mais particularmente, com a criação de jurisdições penais internacionais. Ela não adquiriu um sentido claro em direito "internacional contemporâneo, senão com o julgamento do Tribunal de Nuremberg depois da Segunda Guerra Mundial"[21]. Com efeito, a noção de crimes de guerra inicialmente se desenvolveu ligada, no direito internacional, à competência dos Estados no tocante ao exercício do poder de processar e punir. A definição exata dos atos incriminados ou das penalidades era deixada, de início, aos direitos internos, em especial, aos Códigos Penais Militares.

Historicamente, o direito internacional intervinha para reconhecer a competência dos beligerantes para agir penalmente contra os autores de algumas categorias de atos. A intervenção, todavia, tornou-se mais importante quando estabeleceu para os beligerantes o dever de agir, criminalmente, contra os autores de certas de condutas. A obrigação de punir os autores das condutas criminalizadas, imposta aos beligerantes, é o passo final da intervenção do direito

---

19 Trata-se do primeiro tribunal penal internacional permanente. A jurisdição e o funcionamento da referida Corte são regulados pelo Estatuto de Roma, que o Brasil assinou em 07.02.2000 e ratificou em 20.06.2002.

20 A criação do Tribunal Especial para o Líbano foi autorizada pelo Conselho de Segurança da ONU em 30 de maio de 2007, por meio da Resolução 1757 (2007). O objetivo deste Tribunal é julgar o assassinato do ex-Primeiro Ministro libanês Rafiq Hariri, além de outros assassinatos políticos ocorridos nos últimos anos

21 **Droit International Pénal. Paris:** CEDIN Paris X, 2000. Chapitre 21, n. 1. (Tradução livre)

internacional na matéria. Segundo o direito internacional clássico, a violação das regras do "jus in bello" acarretava a responsabilidade do Estado beligerante e não do indivíduo autor do ato criminoso.

A responsabilidade individual aparece de maneira tranqüila, passo a passo, com as obrigações de punir individualmente aqueles que violam as disposições do "jus in bello". Os Abi-Saab apontam[22] que o primeiro passo da evolução na matéria ocorreu a partir do Código de Lieber e terminou com a Segunda Guerra Mundial. Essa evolução coincide com a do Direito Internacional Penal, que observamos. Com efeito, até então predominava o interestatismo clássico, com as atividades de cooperação e coordenação entre os Estados, que preservavam ciosamente sua soberania. Pouco a pouco, ainda sob a égide do interestatismo clássico[23], os delitos passam a ser enunciados de forma definida por fontes de direito internacional público, ou sua punição torna-se obrigatória pela via de convenções multilaterais.

O Código de Lieber, de 1863, foi redigido por Francis Lieber no contexto da Guerra Civil Americana, e promulgado pelo Presidente Lincoln, em 24 de abril de 1863 sob forma de "Instruções para o Comportamento do exército dos EUA em campanha." Nele aparece, ao que se crê, pela primeira vez, o princípio da responsabilidade penal individual[24]. Trata-se, como se sabe, de regra de direito interno. Mas, pelo seu caráter amplo e muito detalhado, ele exerceu uma influência muito importante sobre a Conferência de Bruxelas de 1874.

Nesta conferência elaborou-se o projeto de "Declaração Internacional Relativa às Leis de Costumes da Guerra", declaração esta que nunca foi submetida à ratificação, nem a prévias medidas para repressão das violações. Poderíamos classificá-la na categoria de softlaw sem os efeitos da hardlaw que seriam de desejar. Depois, o celebrado Instituto de Direito Internacional, em 1880, adotou o "Manual de Oxford", que serviu de base para elaboração de códigos ou manuais militares sobre as leis de costumes da guerra. Lá, também aparece a sanção penal individual. De se notar que os crimes de guerra em grande parte não foram atos de militares, mas sim de civis. A seguir, as famosas Convenções da Haia de 1899 e de 1907 contemplaram certos casos de violações das leis de costumes da guerra que permitiam a incriminação individual. Mas ainda aí, a responsabilidade internacional do Estado que continuava a existir como costume, passa à positividade, na Convenção da Haia de 1907 de número 4, que revia a de 1899. No seu artigo 3, esse tratado dizia: "a parte beligerante que viole os dispositivos deste regulamento será obrigada a pagar uma indenização, se couber. Ela será responsável de todos os atos cometidos por pessoas que fazem parte de suas forças armadas".

Finalmente, no tratado de Versailles, ao fim da Primeira Guerra Mundial, com a criação da comissão de responsabilidade e com os trinta e dois atos definidos como crimes de guerra, passou-se a uma abrangência maior dessas regras.

Mas é somente com a Segunda Guerra Mundial e o processo de Nuremberg, que se dá mais um passo relevante face aos crimes de guerra. Em 8 de agosto de 1945 depois da famosa declaração de Moscou de 30 de outubro de 1943 sobre as atrocidades alemãs, os governos dos Estados Unidos, da França, da Grã-Bretanha e da União Soviética assinaram o chamado "Acordo de Londres" que criou um Tribunal Militar Internacional para julgar os criminosos de guerra cujos crimes não têm localização geográfica precisa, quer sejam acusados individualmente ou a

---

22 **Droit International Pénal. Paris:** CEDIN Paris X, 2000. Chapitre 21, n. 4. (Tradução livre)

23 A expressão é de Serge Sur. **Le droit International pénal entre l'État et la société internationale,** conferência proferida no colóquio sobre a internacionalização do direito penal, na Faculdade de Direito da Universidade de Genebra, em 16 e 17 de março de 2001. Publicada em Actualité et Droit Intrernational, em outubro de 2001 (http://www.riri.org/adi).

24 Vejam-se, por exemplo, os artigos 44 e 71 do Código de Lieber.

título de membros de organizações ou grupos ou a duplo título[25]; dezenove outros países assinaram posteriormente o acordo de Londres. Em 1949, as Convenções de Genebra[26], que foram adotadas depois de Nuremberg, quando descrevem certas violações, abandonam o termo "Crimes de Guerra" e apenas dizem que são infrações graves aquelas cometidas "Contra Pessoas ou Bens Protegidos pela Convenção" (ver os artigos 13/13/4/4).

A definição dos delitos adotada por essas convenções é muito similar à dos Crimes de Guerra no Estatuto do Tribunal de Nuremberg. As Convenções da Haia de 1907, de números 1 e 2, nos artigos 50 e 51, repetem essa mesma formulação, e as de número 3 e 4, no artigo 130, acrescentam às regras relativas ao tratamento de prisioneiros de guerra o "constranger um prisioneiro de guerra a servir nas forças armadas da potência inimiga ou privá-lo do seu direito de ser julgado regularmente imparcialmente segundo as prescrições desta convenção"; o artigo 147 da convenção 4, tratando da proteção das pessoas civis em tempo de guerra, agrega aos delitos "a deportação ou transferência ilegal, a detenção ilícita, e a tomada de reféns". Não é o caso aqui examinar em detalhe o Estatuto e os julgamentos do Tribunal de Nuremberg, bastando o registro de sua importância como primeiro passo, não só na institucionalização da repressão aos delitos de guerra, como na responsabilização individual dos agentes.

A problemática dos crimes de guerra só volta a suscitar interesse depois dos eventos da ex-Iugoslávia e da Ruanda, no início dos anos 90 do século passado que conduziram, como se sabe, à criação de jurisdições penais internacionais "ad hoc". Nesse caso, a resolução 808 de 1993 do Conselho de Segurança da ONU criou o Tribunal Penal Internacional da Iugoslávia, cujo estatuto dava jurisdição ao tribunal para "julgar as pessoas presumidas responsáveis de violações graves do direito humanitário" e mencionava no seu artigo 3.3.3 "as violações das leis de costumes da guerra". O Tribunal Penal Internacional da Ruanda, igualmente, poderia julgar as pessoas presumidas responsáveis por violações graves do direito humanitário cometido sobre o território da Ruanda e os cidadãos Ruandeses presumidos responsáveis de tais violações cometidas sobre o território dos estados vizinhos, e também coloca os chamados atos de guerra junto com outros, mencionando "violações graves do artigo 3 comum nas convenções de Genebra e do protocolo adicional 2".

Finalmente, a Corte Penal Internacional, neste contexto, adquiriu a competência para julgar os crimes de guerra juntamente com outros. Há quem[27] entenda que "na aparência o progresso do direito internacional é indiscutível. Progresso técnico, um pouco à moda de Georges Scelle, com uma passagem do normativo ao institucional, com a atração pelo direito internacional de competências penais consideradas até então como apanágio somente dos estados soberanos. Progresso ético, com a criminalização de comportamentos individuais ou coletivos muito freqüentemente ignorados pelos direitos internos ou escapando à repressão organizada, enquanto o direito internacional era impotente face a eles.

Empreende-se remediar à carência jurídica multiforme – falta de incriminação, de competência, de interesse, princípio da oportunidade das acusações"... ou, como esse autor, feito o registro, prossiga numa nota melancólica dizendo que "na realidade o remédio desnuda mais

---

25 Estatuto do Tribunal de Nuremberg, histórico e análise, memorando do Secretário Geral da Organização das Nações Unidas apresentado à Assembléia geral. Comissão de Direito Internacional, 1949, anexo 1.

26 Trata-se de quatro tratados formulados em Genebra, que definem padrões para as leis internacionais sobre Direitos Humanos: Primeira Convenção de Genebra para melhora das condições dos feridos e doentes nas forças armadas no campo (adotado em 1964, e revisado em 1949); Segunda Convenção de Genebra para melhora das condições dos feridos e doentes nas forças armadas navais (adotada em 1949 – sucedeu da X Convenção de Haia de 1907); Terceira Convenção de Genebra relativa ao tratamento de prisioneiros de guerra (adotado em 1929, e revisado em 1949); e Quarta Convenção de Genebra relativa à proteção de pessoas civis em período de guerra (adotada em 1949 – baseada em partes da IV Convenção de Haia de 1907)

27 Serge Sur, op. Cit. (m/tradução livre)

as carências mais amplas e mais graves e não as cura. De fato ele sublinha o fracasso – os fracassos multiplicados – dos mecanismos de segurança instituídos pelo direito, seja o direito interno ou o internacional. Fracasso dos mecanismos preventivos, de um lado, dos mecanismos corretivos, de outro lado, pois que todo sistema de segurança comporta um duplo aspecto: prevenir, dissuadir pelo mero fato de existir; corrigir reparando ou reprimindo se a dissuasão não for suficiente."

A opção entre uma e outra posição é a dos personagens da fábula aos quais se oferece uma taça com vinho pela metade...

ANEXO - Relação dos Tratados Internacionais sobre leis de guerra, existentes no registro oficial da ONU, com os títulos no idioma oficial.

- 1856 Paris Declaration Respecting Maritime Law abolished privateering.
- 1864 First Geneva Convention "for the Amelioration of the Condition of Wounded and Sick in Armed Forces in the Field".
- 1868 St. Petersburg Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive projectiles Under 400 Grammes Weight.
- 1874 Project of an International Declaration concerning the Laws and Customs of War (Brussels Declaration). Signed in Brussels on 27 August, this agreement never entered into force, but formed part of the basis for the codification of the laws of war at the 1899 Hague Peace Conference.
- 1880 Manual of the Laws and Customs of War at Oxford. At its session in Geneva in 1874 the Institute of International Law appointed a committee to study the Brussels Declaration of the same year and to submit to the Institute its opinion and supplementary proposals on the subject. The work of the Institute led to the adoption of the Manual in 1880 and it went on to form part of the basis for the codification of the laws of war at the 1899 Hague Peace Conference.
- 1899 Hague Conventions consisted of four main sections and three additional declarations (the final main section is for some reason identical to the first additional declaration):
- I – Pacific Settlement of International Disputes;
- II – Laws and Customs of War on Land;
- III – Adaptation to Maritime Warfare of Principles of Geneva Convention of 1864;
- IV – Prohibiting Launching of Projectiles and Explosives from Balloons;
- Declaration I – On the Launching of Projectiles and Explosives from Balloons;
- Declaration II – On the Use of Projectiles the Object of Which is the Diffusion of Asphyxiating or Deleterious Gases;
- Declaration III – On the Use of Bullets Which Expand or Flatten Easily in the Human Body.
- 1907 Hague Conventions had thirteen sections, of which twelve were ratified and entered into force and two declarations:
- I - The Pacific Settlement of International Disputes;
- II – The Limitation of Employment of Force for Recovery of Contract Debts;
- III – The Opening of Hostilities;
- IV – The Laws and Customs of War on Land;
- V – The Rights and Duties of Neutral Powers and Persons in Case of War on Land;
- VI – The Status of Enemy Merchant Ships at the Outbreak of Hostilities;

- VII – The Conversion of Merchant Ships into War-Ships;
- VIII – The Laying of Automatic Submarine Contact Mines;
- IX – Bombardment by Naval Forces in Time of War;
- X – Adaptation to Maritime War of the Principles of the Geneva Convention;
- XI – Certain Restrictions with Regard to the Exercise of the Right of Capture in Naval War;
- XII – The Creation of an International Prize Court (Not Ratified);
- XIII – The Rights and Duties of Neutral Powers in Naval War;
- Declaration I – extending Declaration II from the 1899 Conference to other types of aircraft;
- Declaration II – on the obligatory arbitration.
- 1909 London Declaration concerning the Laws of Naval War largely reiterated existing law, although it showed greater regard to the rights of neutral entities (Never went into effect).
- 1922 The Washington Naval Treaty, also known as the Five-Power Treaty.
- 1923 Hague Draft Rules of Aerial Warfare.
- 1925 Geneva protocol for the Prohibition of the Use in War of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare.
- 1927-1930 Greco-German arbitration tribunal.
- 1928 Kellogg-Briand Pact (also known as the Pact of Paris).
- 1938 League of Nations declaration for the "Protection of Civilian Populations Against Bombing From the Air in Case of War".
- 1938 Amsterdam Draft Convention for the Protection of Civilian Populations Against New Engines of War.
- 1929 Geneva Convention, relative to the treatment of prisoners of war.
- 1930 Treaty for the Limitation and Reduction of Naval Armament (London Naval Treaty 22 April).
- 1936 Second London Naval Treaty (25 March).
- 1945 United Nations Charter (entered into force on October 24, 1945).
- 1946 Judgment of the International Military Tribunal at Nuremberg.
- 1947 Nuremberg Principles, formulated under UN General Assembly Resolution 177 on 21 November.
- 1948 United Nations Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide.
- 1949 Geneva Convention I for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field.
- 1949 Geneva Convention II for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea.
- 1949 Geneva Convention III relative to the Treatment of Prisoners of War.
- 1949 Geneva Convention IV relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War.
- 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict.
- 1971 Zagreb Resolution of the Institute of International Law on Conditions of Application of Humanitarian Rules of Armed Conflict to Hostilities in which the United Nations Forces may be engaged.
- 1977 United Nations Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile

Use of Environmental Modification Techniques.

- 1977 Geneva Protocol I Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts.
- 1977 Geneva Protocol II Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts.
- 1978 Red Cross Fundamental Rules of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts.
- 1980 United Nations Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which may be deemed to be excessively injurious or to have indiscriminate effects:
- 1980 Protocol I on Non-Detectable Fragments;
- 1980 Protocol II on Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby-Traps and other devices;
- 1980 Protocol III on Prohibitions or Restrictions on the Use of Incendiary Weapons;
- 1995 Protocol IV on Blinding Laser Weapons;
- 1996 Amended Protocol II on Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby-Traps and other devices;
- Protocol on explosive remnants of War (Protocol V to the 1980 Convention), 28 November 2003, entered into force on 12 November 2006.
- 1994 San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea.
- 1994 ICRC/UNGA Guidelines for Military Manuals and Instructions on the Protection of the Environment in time of armed conflict.
- 1994 UN Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel.
- 1996 The International Court of Justice advisory opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons.
- 1997 Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on their Destruction (Ottawa Treaty).
- 1998 Rome Statute of the International Criminal Court.

A Organização Mundial do Comércio como catalisadora de divergências no Estado

Marcelo Dias Varella*
Roberto Freitas Filho*

A responsabilidade internacional do Estado é vinculada ao resultado efetivo das políticas públicas e ignora eventuais divergências entre as divisões internas do Estado. Com a ascensão de algumas organizações internacionais mais cogentes, a exemplo da Organização Mundial do Comércio, eventuais fraturas na coerência interna podem ser expostas e catalisadas, a ponto de transformar exceções à regra em regra geral. O direito internacional exerce, portanto, uma influência sobre a evolução do direito e das políticas públicas internas, não apenas exercendo um efeito paralisante sobre a evolução das políticas públicas que eventualmente lhe sejam contrárias, como direciona as políticas a serem aplicadas em favor de uma coerência obrigatória com as suas regras gerais.

Tal exemplo é marcante com a Organização Mundial do Comércio (OMC). O direito da OMC favorece a abertura comercial, mas permite exceções em defesa de alguns valores comuns entre os membros (Estados, sistemas regionais de integração). No entanto, os Estados apenas devem usar estas exceções de forma coerente com os objetivos perseguidos, pouco importando se a falta de coerência não é uma política deliberada do Estado, mas o resultado efetivo de falta de coerência entre os posicionamentos (ou ausência de posicionamento) entre os Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário ou incapacidades institucionais de chegar rapidamente a um tratamento único do tema entre estes Poderes. Neste sentido, qualquer fratura nesta coerência pode implicar na declaração de inconsistência da medida e da sua ilegalidade face ao direito internacional. Neste caso, impõe-se novamente a regra geral de liberdade comercial.

Neste artigo, esta premissa será analisada a partir do estudo de caso referente à restrição da importação de pneus recauchutados para fins de proteção à saúde pública e do meio ambiente. O objetivo é demonstrar as ações do Executivo brasileiro para a proteção de valores consolidados internacionalmente, bem como a seqüência de reações dos atores privados e públicos, nacionais e estrangeiros, de forma a assegurar ganhos econômicos, utilizando-se das possibilidades de ação dentro do Judiciário brasileiro e do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC para transformar as decisões pontuais do Judiciário em decisões com eficácia *erga omnes*.

Preferimos proceder a esta análise mostrando o problema sanitário e as ações e reações dos atores ao longo do tempo, para regular o problema ou maximizar seus lucros. Em seguida, analisar como a Organização Mundial do Comércio enfrenta, juridicamente, um problema de saúde pública marcado, como outros por questões de ordem política e econômica.

1. O problema sanitário e as políticas públicas dos Estados para enfrentá-lo

Os pneus usados são potencialmente danosos à saúde pública. Na maioria dos Estados, é comum encontrar normas sobre a disposição final dos pneus, obrigando os fabricantes a encontrar um uso sustentável aos pneus inservíveis. O descarte indevido dos pneus em rios, por exemplo, provoca assoreamento e enchentes. O acúmulo em depósitos clandestinos provoca

* Doutores em Direito. Professores do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília. Emails: marcelodvarella@gmail.com e roberto.freitas.filho@hotmail.com

sérios problemas sanitários, com conseqüente proliferação de doenças, como a dengue, malária, cólera, etc. A queima não controlada a céu aberto pode liberar níveis perigosos de monóxido de carbono e hidrocarbonetos mono e poliaromáticos na fumaça, além de causar danos à fauna e à flora, em função de compostos orgânicos, tais como óleos de pirólise que restam depositados no solo. A disposição em aterros provoca problemas de flotação e desestabilização, sendo recomendável a colocação de pneus picados, e ainda podem favorecer incêndios de difícil controle com liberação de substâncias tóxicas.

No Brasil, este problema é muito mais grave do que na União Européia, sobretudo em função de questões relacionadas às doenças tropicais, à dimensão do Estado, ao nível de organização social e da própria limitação da capacidade das autoridades públicas em controlar a destinação final dos pneus fabricados. Com o aumento da renda dos brasileiros nos últimos anos e facilitação de crédito, houve forte crescimento da indústria automobilística e, por conseqüência, da quantidade de pneus utilizados.

O Brasil passa por uma grave crise de doenças transmitidas por mosquitos, com um número de atingidos sem precedentes na história. Não apenas os níveis de infectados por malária crescem assustadoramente, com existe uma crise sanitária grave de contaminação por dengue que, em alguns Estados, como Mato Grosso do Sul, aumentou mais de 1300% em menos de um ano. Os pneus usados contribuem para essa realidade, porque acumulam água, servindo como *habitat* ideal para o depósito de larvas e multiplicação dos mosquitos vetores destas doenças. O controle pelas autoridades ambientais é difícil porque são despejados em terrenos abandonados ou guardados no fundo de quintal de residências particulares. Nestas condições, acumulam água, servindo como *habitat* ideal para o depósito de larvas e multiplicação dos mosquitos vetores destas doenças.

O problema se complica em função da dimensão territorial. A produção de pneus é concentrada em poucas regiões do país. O transporte por caminhões descobertos, por longas distâncias e períodos a partir da cobrança de uma destinação final acaba acarretando na possibilidade de contaminação entre diferentes regiões do país, além de dificultar o controle sanitário durante as viagens realizadas.

O nível de organização social é também um fator agravante. Não existe na sociedade brasileira completa consciência sobre a importância de dar destinação final aos pneus recauchutados. Tal fato se comparava pelos números de pneus guardados em residências particulares ou jogados nos rios, a exemplo dos 120 mil pneus retirados durante o processo de limpeza do Rio Tietê, em São Paulo[1]. A população, sobretudo de baixa renda, que vive em periferias, não estabelece a relação causal entre as doenças transmitidas pelos mosquitos e o depósito irregular de pneus próximos às suas residências.

Existe ainda importante falta de capacidade da administração pública em dar efetividade às normas que obrigam a destinação final de pneus usados pelos diversos operadores do sistema, como feito em outros Estados, como na Europa e nos Estados Unidos ou para outros produtos no Brasil, a exemplo das pilhas usadas. O resultado é que um grande número de pneus não tem destinação final e não se consegue responsabilizar os atores privados para que internalizem os custos da recuperação dos pneus vendidos, como pretende o quadro normativo que regulamenta o tema.

Além das repercussões sanitárias, existem repercussões ambientais, sobretudo a partir da queima de pneus, que gera resíduos tóxicos, polui os rios, destruindo ecossistemas, com a morte de importantes recursos vegetais e animais.

---

[1] Dados da Secretaria de Estado do Meio Ambiente de São Paulo.

1.1 Políticas Européias para gestão dos pneus usados

A preocupação ambiental com a destinação final dos pneus não é apenas das autoridades brasileiras, mas um problema mundial. A União Européia passa por um processo rápido de endurecimento das normas ambientais para destinação final de pneus usados. A Diretiva 1999/31/CE impede que os pneus sejam enterrados em aterros sanitários a partir e 2006, a principal forma de destinação destes produtos até então. Deste modo, houve uma redução importante das alternativas de destinação final das empresas européias, com aumento forte nos custos para cumprimento das normas ambientais. Neste sentido, as repercussões imediatas foram:

a) A proibição, a partir de 1 de janeiro de 2006, da disposição de pneus usados em aterros, o que acarreta no fato de aproximadamente 35% de todos os pneus procurarem destinos ambientalmente menos rígidos.
a) A existência de grande probabilidade de que os pneus usados europeus, sejam eles reformados ou não, viessem a ser exportados para o Brasil a custo zero ou simbólico, exclusivamente para que, em virtude da proibição acima, tenha-se um destino final para esse resíduo. A produção de carcaças pela Alemanha, França, Itália e Espanha, membros da UE, já soma aproximadamente 1.210.000 toneladas/ano, o que significa uma exportação potencial de 423.500 toneladas/ano[2];

O problema se agrava pela concentração no setor, dominado por algumas empresas cujas sedes se encontram em países desenvolvidos com normas ambientais mais rígidas. As empresas fabricantes de pneus novos no Brasil são, em forte maioria, filiais de empresas fabricantes de pneus na Europa e Estados Unidos. Logo, não existe uma forte reação das empresas que fabricam pneus novos contra qualquer redução de preços dos pneus exportados pelas suas matrizes.

O resultado imediato é a redução brusca do preço dos pneus recauchutados europeus. Enquanto um pneu novo de um veículo utilitário custa em média R$ 150,00, o pneu recauchutado custaria, de acordo com a defesa brasileira, cerca de US$ 3,7, incluindo frete e impostos[3]. Este custo é composto, na verdade, por uma análise da economia realizada pelas empresas produtoras com a não destinação final dos pneus na Europa, ou seja, com o cumprimento das normas ambientais européias. Caso assim não fosse, os preços dos pneus na Europa passariam a internalizar os custos ambientais para destinação final e certamente sofreriam um aumento substancial. Ao exportar para Estados com controles ambientais menos rígidos, é possível preservar o meio ambiente europeu e, ainda, manter os preços em níveis mais facilmente absorvíveis pelos consumidores, mas não deixa de ser uma exportação de lixo ambiental.

1.2 Políticas brasileiras para gestão dos pneus usados

O Poder Executivo, não apenas federal, mas também dos Estados, a exemplo do Paraná, criou diferentes programas para gerir o problema, como:

a) Maior controle da destinação final dos pneus inservíveis, exigindo-se que os importadores e fabricantes recuperassem uma parcela maior dos pneus vendidos no mercado;
b) Campanha constante de saúde pública, em todas as mídias, de forma a conscientizar a população sobre os problemas sanitários;

---

2 WT/DS332, posição do Brasil junto ao Grupo Especial

3 WT/DS332/R, segunda declaração oral do Brasil, para. 63, prova documental nº. 168.

c) Campanhas nacionais, estaduais e municipais de combate à multiplicação de mosquitos e contra a queima de pneus.

Um dos principais instrumentos, no entanto, para evitar o rápido aumento dos impactos ambientais e sanitários negativos é o aumento da vida útil dos pneus, contribuindo assim para a diminuição do ritmo de crescimento do despejo de pneus usados. Neste sentido, existe forte incentivo à recauchutagem de pneus usados. Por conseqüência, foram estabelecidos níveis apropriados de risco, com a fixação de um período factível de vida útil de um pneu, de forma a possibilitar a gestão do problema sanitário e ambiental.

No entanto, com a redução brusca de preços, os esforços brasileiros perderam parte importante da sua efetividade. A tarifa de importação de pneus recauchutados de 16% para o MERCOSUL e de 35% para os demais Estados, além de só abranger uma categoria de pneus usados, mostrou-se ineficaz para evitar a importação de pneus europeus, porque os valores dos pneus já era muito baixo.

Para desestimular que a importação de pneus tomasse proporções muito amplas e colocasse o nível de risco sanitário e ambiental pré-estabelecido muito acima dos níveis considerados aceitáveis, o governo brasileiro resolveu instituir um valor fixo sobre o preço individual dos pneus importados, em R$400,00. Tal medida impossibilitou a importação de pneus, durante um determinado de tempo.

2. Reação dos atores privados às políticas públicas dos Estados

As empresas fabricantes de pneus têm interesse na importação de pneus usados para o Brasil, mesmo aquelas instaladas no país, porque são em geral filiais de empresas européias. Ao retirar o produto da Europa, economizam os custos do tratamento obrigatório, de acordo com a norma comunitária e como as normas brasileiras são menos exigentes e menos efetivas em virtudes de fraquezas institucionais, a importação se torna mais atraente. O interesse se torna ainda maior em virtude do grande consumo brasileiro de pneus, um dos maiores do mundo e que se amplia rapidamente nos últimos anos. As empresas reagiram em três esferas: no Mercosul, junto aos tribunais brasileiros e na Organização Mundial do Comércio.

2.1 Reações no Mercosul

No Mercosul, as primeiras reações vieram de uma empresa estatal uruguaia que fabrica pneus recauchutados, cujo principal mercado é o Brasil. De fato, após a norma brasileira, houve diversas manifestações em frente da Embaixada do Brasil em Montevidéu e, por fim, uma ação no tribunal arbitral do Mercosul. Curiosamente, o Brasil preferiu não alegar qualquer motivo ambiental na sua defesa contra o Uruguai, o que poderia fazer em virtude do art. 50 d) do Tratado de Montevidéu (similar ao art. XX b do GATT) , o que foi criticado pela própria União Européia no contencioso na OMC. A União Européia alegou que o Brasil não desejava realmente ganhar o processo contra o Uruguai no Tribunal Arbitral do Mercosul, tendo apenas participado de um contencioso para perder e, assim, legitimar a abertura comercial ao Mercosul, enquanto mantinha restrições contra os demais Estados. Nas palavras da União Européia:

"O Brasil escolheu deliberadamente não se defender contra o Uruguai por motivos ligados à saúde e à segurança das pessoas, enquanto que ele invoca agora este fundamento de defesa contra as Comunidades Européias".[4]

---

[4] WT/DS332/R, para. 7.282.

É interessante notar as diferenças de percepção sobre as lógicas que guiam os dois sistemas de solução de controvérsias. De fato, parece que existe no Executivo brasileiro a consideração da Organização Mundial do Comércio como um foro mais sensível às questões ambientais do que o Tribunal Arbitral do Mercosul. Caso contrário, o uso de argumentos ambientais também teria sido considerado apropriado pelos negociadores brasileiros neste foro. Como veremos abaixo, esta opção foi um dos alicerces para a perda do Brasil no Órgão de Apelações.

Com esta solução, não haveria grandes impedimentos a que as empresas européias fizessem suas exportações ao Brasil, por meio do Uruguai, ou seja, que exportassem os pneus usados ao Uruguai, para que os mesmos fossem recauchutados e reexportados ao Brasil. Em um primeiro momento, houve realmente um aumento das exportações de pneus usados em direção ao Brasil, mas não de forma significativa, porque as empresas exportadoras conseguiram liminares na justiça brasileira, não mais sendo necessário triangular a comercialização pelo Uruguai. Isso não ocorre apenas pelo volume de pneus exportados e por soluções alternativas encontradas pelas empresas, como veremos a seguir.

2.2 Reações no Brasil, via Poder Judiciário

O principal caminho de entrada foi com a obtenção de liminares contra a tarifa imposta sobre a importação de pneus. De fato, a reação do Judiciário brasileiro tornou possível um aumento significativo da quantidade de pneus usados importados, sem o pagamento de taxas. A tabela abaixo demonstra a evolução das importações autorizadas por liminares, em toneladas de pneus, que partiram de pouco menos de 1,5 milhão de toneladas no ano de 2000, para quase 10 milhões de toneladas em 2005, números que tiveram um salto substancial a partir de 2006, com a entrada em vigor de normas mais rígidas na Europa.

Tabela 1. Progressão da importação de pneus pelo Brasil, em virtude de liminares obtidas no Judiciário.

2000	1.407.618	1
2001	2.396.898	2
2002	2.659.704	2
2003	4.240.474	4
2004	7.564.360	7
2005	10.478.466	10

O Poder Judiciário concedeu estas liminares com base na manifestação de empresas específicas, sempre de eficácia *inter partes*. Embora o volume total de pneus usados seja significativo, ele representa uma parcela ainda pouco importante do potencial de importação de pneus usados. A proliferação de medidas liminares e a morosidade do Judiciário no julgamento definitivo legitimaram a iniciativa da União Européia de provocar o Órgão de Solução de Controvérsias para tornar a exceção obtida por liminares à proibição de pneus, prevista em lei, uma regra geral. O principal argumento era que o Estado brasileiro possibilitava a entrada de pneus a algumas empresas e não a todas, logo, não havia coerência de tratamento das empresas exportadoras. De fato, para o direito internacional, o importante é o resultado final efetivo, e as divergências internas entre o Poder Executivo e Judiciário podem ser trabalhadas pelos atores estrangeiros como instrumentos para obrigar que a exceção se torne uma regra geral.

2.3 Reações na Organização Mundial do Comércio

As empresas fabricantes de pneus na Europa conseguiram convencer a União Européia a iniciar um contencioso contra o Brasil a respeito das restrições sobre a importação de pneus. Esse procedimento foi adotado a pedido da BIPAVER, que é uma associação de empresas reformadoras de pneus de 7 Estados-membros da União Européia e culminou com a divulgação de relatório final da investigação comunitária, em 13.09.2004, que concluiu que as medidas brasileiras violavam vários compromissos assumidos pelo Brasil no âmbito da OMC. Segundo as Comunidades Européias, o objetivo do Brasil não era preservar o meio ambiente, mas sim preservar sua indústria nacional de fabricantes de pneus contra a concorrência estrangeira.

A União Européia alegou que o Brasil violava o Acordo Geral de Tarifas e Comércio, porque havia uma restrição ao comércio (em violação ao artigo XI do GATT), o que não foi negado pelo Brasil, mas principalmente porque esta violação não era permitida por nenhuma das condições previstas nos acordos da OMC. Alguns pontos da discussão jurídica merecem destaque, porque servem de subsídios para compreender a construção de precedentes a serem usados em casos posteriores.

A União Européia questionava as seguintes medidas:

a) Proibição de importação de pneumáticos recauchutados (reformados), seja como bem de consumo, seja como matéria-prima, classificados na posição 4012 da Nomenclatura Comum do Mercosul. (Portaria SECEX nº 8, de 25/09/00, substituída, no seu inteiro teor, pela Portaria SECEX nº 17, de 01/12/03);
b) Liberação da importação de pneus remoldados (um dos 3 tipos de pneus reformados) provenientes dos Estados Partes do Mercosul, em cumprimento a decisão arbitral de janeiro de 2002 (Portaria SECEX nº 2, de 08/03/02, substituída, no seu inteiro teor, pela Portaria SECEX nº 17, de 01/12/03);
c) Aplicação de multa ambiental de R$ 400,00/unidade pela importação de pneu usado ou reformado, multa que se estende igualmente à comercialização, transporte, armazenamento, guarda ou manutenção em depósito de pneu usado ou reformado importado. (Decreto nº 3.919, de 14/09/01);
d) Isenção das importações de pneus reformados provenientes dos Estados Partes do MERCOSUL do pagamento da multa ambiental de R$400,00/unidade. (Decreto nº 4.592, de 11/02/03).

Os principais argumentos jurídicos levantados pela União Européia contra as medidas brasileiras acima foram:

a) Em relação à existência do risco sanitário e ambiental: a proteção de animais e vegetais, prevista na alínea b do art. XX, não deveria ser considerada de forma tão abrangente a ponto de possibilitar a proteção do meio ambiente como um todo;
b) Em relação à forma de gerenciamento destes riscos:
    1) As medidas adotadas não deveriam ser consideradas como necessárias para preservar a saúde humana, os animais e vegetais;
    2) O Brasil deveria ter criados outros programas mais eficientes para a gestão do problema e menos restritivos ao comércio internacional;
    3) O Brasil deveria ter estipulados limites quantitativos à importação de pneus, para legitimar o nível de risco aceitável, escolhido pelo país;
    4) A restrição de importações não teria influência sobre a quantidade de pneus jogados no lixo, razão pela qual as medidas eram inócuas;

c) Em relação ao Mercosul, a decisão do Tribunal Arbitral do MERCOSUL não seria legítima;
d) Em relação à regularidade da medida, em face do direito internacional econômico:
e) A medida traria uma discriminação arbitrária;
f) A discriminação seria injustificável;
g) A medida seria, na prática, uma restrição disfarçada ao comércio internacional.

a) A reação do Executivo face ao contencioso na OMC

O contencioso foi o primeiro caso onde o governo brasileiro não era apoiado por empresas privadas. Em todos os demais contenciosos, havia o suporte de grandes escritórios de advocacia, em geral norte-americanos, contratados por empresas privadas brasileiras, que garantiam apoio ao processo. No contencioso dos pneus, houve a contratação de um advogado norte-americano, mas o Governo teve uma ação muito mais ativa na preparação das defesas e representação junto a OMC.

Na prática, esta ação significou optar por discutir, no foro comercial multilateral, tema afeto à relação entre comércio, meio ambiente e saúde pública. Em paralelo ao contencioso, foi necessário avaliar as modificações necessárias no arcabouço jurídico do País, com o objetivo de fortalecer a legislação ambiental nacional a respeito da matéria, em especial no que tange à gestão adequada dos pneus usados que se acumulam no território nacional, o quê foi feito pelo mesmo GTI instituído pelo Conselho de Ministros da CAMEX para estudar a alternativa de ação escolhida.

O Brasil decidiu combater o problema por diversos instrumentos: alterar a norma nacional, deixando-a mais rígida e esclarecendo os pontos discutidos no Judiciário; agir junto ao Supremo Tribunal Federal, para derrubar as diversas liminares concedidas nos diversos Estados. Assim o Poder Executivo preparou um Anteprojeto de Lei instituindo o Sistema de Gestão Ambientalmente Sustentável de Pneus (SGASP), com o objetivo principal de buscar solução para o grave problema de gestão do passivo ambiental de pneus inservíveis que aflige não só o Brasil, mas o mundo de forma geral.

A proposta, em linha gerais, dispunha sobre o SGASP; definia pneus novos e usados, esclarecendo que os pneus reformados e inservíveis integram essa última definição; elevava à condição de obrigação legal a responsabilidade de fabricantes, reformadores e importadores de pneus pela coleta e destinação final adequada do produto; e, por fim, proibia a importação de pneus usados, inclusive reformados, tanto para consumo direto como para servir como matéria-prima em processos de reforma.

A proposição, entretanto, excluía da proibição de importação aquelas que fossem em decorrência de compromissos assumidos pelo Brasil por meio de tratados de integração regional. Essa exclusão tinha por objetivo respeitar a decisão no âmbito do Mercosul. Por ter sido um tema que inicialmente mereceu deliberação do Conselho de Ministros da CAMEX, essa proposta também foi submetida e os seus termos foram aprovados por unanimidade pelos Ministros que integram aquele Colegiado. Decidiu-se que a melhor forma de encaminhamento da proposta ao Congresso Nacional seria Projeto de Lei, em regime de urgência, o que ocorreu em 31.10.2005.

Após ter sido aprovado na Comissão de Constituição e Justiça, mencionado PL foi apensado ao PL 449/2003 e, com esse, apensado ao PLS 203/1991, que trata do condicionamento, coleta, tratamento e transporte e destinação de resíduos de serviços de saúde (lixo hospitalar), ao qual estão também apensados cerca de 75 outros projetos. Para evitar que outros projetos de interesses alheios aos do Governo tramitassem em regime de urgência, em 14.12.2005, o Governo solicitou a retirada da proposta.

Em janeiro de 2006, o Ministério do Meio Ambiente solicitou o reenvio da matéria ao Congresso Nacional, considerando, para tanto, os seguintes aspectos urgentes e relevantes que envolvem a matéria, o que não ocorreu.

b) O núcleo jurídico da defesa brasileira

O Brasil procurou mostrar que a medida restritiva de comércio constitui a única maneira capaz de evitar a geração no País de quantidades adicionais de resíduos de borracha, para cujas alternativas de eliminação ou de destinação final a um só tempo, adequadas do ponto de vista ambiental e economicamente viáveis, não existiriam nem no Brasil, nem em qualquer outra parte do mundo. Foi necessário comprovar, ainda, que não dispõe sequer de capacidade para destinar o volume de pneus descartados anualmente (estimado em 35 a 40 milhões de unidades), número ao qual se deve somar o passivo ambiental acumulado no curso dos anos, e que, portanto, não podia correr o risco de ver este volume aumentar pela via da importação de pneus reformados. Ademais, estatísticas do setor indicam que 40% das carcaças atualmente importadas não se prestam a qualquer processo de reforma, o que as coloca, de imediato, como pneus inservíveis, sem nenhum valor econômico, somando-se aos 100 milhões de pneus desse gênero já integrantes do passivo ambiental brasileiro, conforme estimativas ainda de 2001.

Neste sentido, embora o pneu usado, servível ou inservível, não esteja considerado por tratados multilaterais como resíduo perigoso, o que possibilitaria a proibição da importação, são evidentes os riscos potenciais causados pela eliminação e utilização indevida desse tipo de produto. Neste sentido, procurou-se utilizar a exceção em nome da proteção do meio ambiente e da saúde humana previstos no art. XX, b, do GATT.

Do ponto de vista de saúde pública, procurou-se demonstrar que o aumento do volume de pneus descartados enseja maior acúmulo e dispersão no território nacional do criadouro privilegiado dos vetores da dengue e da febre amarela e, conseqüentemente, gera maior risco de propagação das citadas doenças, em especial no meio urbano, o que exige importante incremento nos dispêndios públicos com programas de profilaxia. Assim, buscou-se justificar as normas já existentes para restringir a importação e impor aos fabricantes e importadores de pneus a obrigatoriedade de coletar e dar destinação final, ambientalmente adequada, a pneus inservíveis existentes no território nacional, bem como a restrição que pretende garantir.

Foi necessário, por fim, evidenciar que a pertinência e legitimidade do tratamento diferenciado concedido aos parceiros do Mercosul, reconhecida união aduaneira, dos quais é permitida a importação de pneus reformados, visto estar ela ocorrendo única e exclusivamente em função da necessidade de cumprir a decisão do tribunal arbitral *ad hoc*, anteriormente mencionada e rebater a alegação de alguns de ser o pneu usado matéria-prima essencial às fábricas de pneus remoldados, explicitando que o material produzido pelo Brasil é suficiente para atender a demanda desse segmento, sendo, inclusive, uma alternativa ao tratamento a ser dado ao nosso próprio resíduo pneumático. Além disso, foi necessário evidenciar que parte substancial dos pneus usados importados é repassada diretamente aos consumidores, como pneus meia-vida, que irão onerar ainda mais o passivo ambiental e de saúde pública brasileiro, num período de tempo bem menor que o pneu novo.

Na seqüência, para evidenciar ainda mais a seriedade de propósitos do Governo brasileiro em garantir a efetividade da sua política de não geração adicional de resíduos sólidos, a qual tem como objetivo maior proteger o meio-ambiente e a saúde pública, também foi solicitado ao Advogado Geral da União interpor no Supremo Tribunal Federal uma Ação de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), tendo em vista a violação do direito

constitucional de garantia à proteção do meio-ambiente e da saúde pública que ocorre com a concessão de liminares para a importação de pneus usados, dentre eles os reformados. Essa ação teria o condão de desautorizar as permissões já concedidas ou a conceder, eliminando, assim, essa porta de entrada para esse tipo de resíduo no território nacional.

3. A decisão da Organização Mundial do Comércio

A Organização Mundial do Comércio agiu conforme suas decisões anteriores: analisou, com densidade jurídica, de forma objetiva, cada um dos argumentos levantados pelas partes: a existência da barreira comercial, a sua legitimação à luz da alínea b e g do artigo XX e a compatibilidade da medida com *caput* do art. XX do GATT. O primeiro ponto não foi sequer questionado pelo Brasil, concentrando-se a discussão sobre a licitude das barreiras levantadas.

No tocante às alíneas do artigo XX, era necessário identificar se a medida servia para a proteção do meio ambiente e da saúde humana. Assim, temos:

3.1 O reconhecimento como uma medida para a Proteção dos animais e vegetais (art. XX, b)

O painel seguiu o método consolidado de interpretação do art. XX, partindo da verificação das alíneas, para em seguida analisar a conformidade com os elementos do *caput*, como consolidado desde o caso Hormônios. O primeiro passo do painel foi avaliar se a medida brasileira tinha por objetivo proteger os animais e vegetais. Neste ponto, houve uma interessante interpretação do grupo especial, concordando com a União Européia, **no sentido de indicar que o GATT não permite a proteção do "meio ambiente" enquanto tal, mas apenas de animais e vegetais, por uma interpretação literal da alínea *b* do art. XX**. Trata-se de uma questão importante porque restringe-se o escopo da proteção interpretada em outros contenciosos. Meio ambiente seria um conceito amplo, que abrange diversos outros objetos e formas de interação entre seus objetos, além do conceito previsto de "animais" e "vegetais". Trata-se de uma interpretação conforme o texto, mas aquém das expectativas dos diversos atores, demonstrada em outros contenciosos ambientais na OMC.

b) O reconhecimento como uma medida para Proteção da saúde humana: a liberdade de escolha de um nível aceitável de risco (art. XX, b)

O grupo especial analisou em seguida se a estratégia de fixação de um nível de risco aceitável pelo Brasil era legítima. Neste sentido, seguiu a interpretação adotada no contencioso entre Estados Unidos e Comunidades Européias sobre a importação de amianto, ao permitir que os Estados estabeleçam níveis de risco aceitáveis, dentro de uma lógica de análise estruturada de risco.

O OSC seguiu seu posicionamento anterior ao determinar que o bem jurídico tutelado pode ser atingido direta ou indiretamente. Não importa se a restrição à importação de pneus serve indiretamente para proteger a saúde humana, o importante é que exista uma relação racional de causas e entre o ato (a proibição da importação) e a proteção do bem jurídico (a saúde humana).

c) O reconhecimento da Necessidade da medida (caput do art. XX)

A União Européia sustentava que o Brasil não precisaria impedir a importação de pneus para atingir seus objetivos. Alegava que o Brasil deveria ter encorajado ou assegurado a recauchutagem

de pneus de origem nacional, para veículos privados, inclusive com campanhas de sensibilização ou então com o uso das compras públicas para impor a instalação de pneus recauchutados nos veículos oficiais; medidas procurando melhorar a baixa capacidade para recauchutagem dos pneumáticos brasileiros; medidas susceptíveis de reduzir a utilização de veículos no Brasil, por exemplo, incentivando o uso de transportes públicos em zonas urbanas; em relação aos pneus já recauchutados, incentivar políticas de uso mais duradouro dos pneus, como com um melhor zelo dos veículos, obrigatoriedade de inspeção técnica e campanhas para sensibilização de melhores práticas de direção.

O Brasil se defendia argumentando que nenhuma destas medidas, mesmo se empregadas em conjunto, teria efeitos sólidos para a solução do problema, em virtude dos seus alcances concretos e porque a diferença de preços entre os dois produtos era muito significativa. Dentro de uma matriz de análise de risco e, considerando a liberdade do Brasil fixar seus próprios níveis de risco, o Grupo Especial reconheceu a necessidade das medidas brasileiras.

d) A consideração que a medida foi discriminatória e injustificável (caput do art. XX) em virtude de problemas internos e da posição do Brasil no Mercosul

As Comunidades Européias alegaram que a medida era arbitrária e injustificável tanto pela possibilidade de entrada de pneus recauchutados via MERCOSUL, quanto da possibilidade de entrada de pneus por liminares.

No tocante ao primeiro ponto, o MERCOSUL, houve uma construção importante para discussão de possíveis contenciosos futuros. O Grupo Especial reconheceu que o cumprimento da medida do Tribunal Arbitral Ad hoc do MERCOSUL não era injustificável, porque emanada de um órgão jurisdicional regional, *mas somente porque o volume de pneus importados decorrente desta decisão foi pouco relevante*. Se fosse um volume significativo, a medida teria sido considerada arbitrária. Veja neste ponto que não há um respeito da organização multilateral ao sistema regional de solução de controvérsias. Não se questiona a legitimidade em função dos tratados regionais, mas em função dos impactos da medida no plano concreto.

O problema central do contencioso, no entanto, está no segundo argumento: o tratamento desigual entre os exportadores, porque o Estado brasileiro permitia a alguns a importação (para aqueles que tinham decisões liminares) e proibia aos demais. O OSC considerou que o Brasil estava possibilitando a importação de pneus usados de algumas empresas européias e não de outras, de forma arbitrária. De fato, o volume de importação de pneus aumentou quase 1000% desde o início das liminares. O OSC reconheceu as dificuldades práticas na relação entre diferentes poderes no Brasil, mas lembrou que o Estado brasileiro é responsável como um todo pelo cumprimento coerente do direito internacional e que o importante nesta relação é o resultado final do conjunto de medidas tomadas e, pela análise deste conjunto, a posição do Brasil era contrária às exigências do direito internacional.

Nas palavras do relatório do Grupo Especial:

"Em decorrência da importação de pneus usados em razão de decisões judiciais, a medida em questão foi aplicada como uma discriminação injustificável. A concessão de decisões limiares para a importação de pneus usados significou de fato que, contrariamente à lógica prevista pela medida, as empresas de recauchutagem nacionais puderam continuar a beneficiar da importação de quantidades importantes de pneumáticos usados como matéria-prima para suas próprias atividades, enquanto que os concorrentes dos Estados não-membros do MERCOSUL foram excluídos do mercado brasileiro. A restrição ao comércio internacional, que é inerente à proibição de imprtar pneus racauchutados beneficiou as empresas nacionais".

No entanto, o Órgao de Apelações foi além. Mesmo se o Grupo Especial não aceitou os argumentos das Comunidades Européias, o Órgão de Apelações, em sua decisão de 03.12.2007, infirmou a decisão de "primeira instância", ao considerar que o Brasil não poderia cumprir a decisão do MERCOSUL sem também permitir a importação européia. Indiretamente, isso significa considerar a própria decisão do MERCOSUL contrária ao art. XX, *b* do GATT. De acordo com a decisão, mesmo se o Tribunal Arbitral *ad hoc* do MERCOSUL é um órgão jurisdicional ou quase-jurisdicional válido, ele não poderia decidir a favor de uma medida contra a proteção da saúde humana, dos animais e dos vegetais e depois esta decisão ser utilizada como justificativa para uma exceção ambiental na OMC. Não importa, na prática se o Brasil alegou ou não questões ambientais no processo do Mercosul, mas sim o resultado prático final.

Desta forma, o OSC/OMC se coloca como uma espécie de instância superior ao Tribunal Arbitral do Mercosul, não por uma questão jurídica, mas de efetividade das suas decisões. As decisões do MERCOSUL são válidas no âmbito global apenas quando em consonância com as decisões da OMC. Neste caso, de acordo com o Órgão de Apelações, o Brasil poderia ter utilizado na sua defesa o art. 50, b do Tratado de Montevideo, que cuida das questões ambientais, bem como o Tribunal Arbitral poderia ter utilizado as exceções ambientais para proferir sua decisão.

Nas palavras do Órgão de Apelações:

"No caso, a discriminação entre os países do MERCOSUL e os outros membros da OMC na aplicação da proibição de importar foi introduzida em consequência de uma decisão de um tribunal arbitral do MERCOSUL. O tribunal considerou que o Brasil agia de forma errada porque a restrição à importação de pneumáticos remodelados era incompatível com a proibição de novas restrições ao comércio em virtude das regras do Mercosul. Na nossa opinião,a decisão tomada pelo tribunal arbitral do MERCOSUL não é uma razão aceitável para a discriminação porque ela não tem relação com o objetivo legítimo perseguido pela interdição de importar que decorre do artigo XX b), e pode ser vista como sendo contrária a este objetivo, ainda que indiretamente. Por conseqüência, nós consideramos que a exceção tocante ao MERCOSUL fez com que a interdição de importar seja aplicada de forma a constituir uma discriminação arbitrária ou injustificável"[5]

Neste caso, o Brasil tem duas opções. A primeira é juridicamente aceitável, mas política e ambientalmente inaceitável: cumprir as duas decisões (MERCOSUL e OMC) e aceitar os pneumáticos uruguaios e europeus. A segunda é juridicamente complicada no âmbito interno, mas ambientalmente aceitável: descumprir a decisão do MERCOSUL para poder impedir a entrada massiva de pneus europeus.

Slaughter e Burke-White afirmam que o futuro do direito internacional é doméstico, com o argumento que a soberania contemporânea passa pela capacidade de gerir os avanços do direito internacional[6] e que o direito internacional deve encontrar formas de melhor se inserir nos direitos nacionais, respeitando tradições e construindo valores universais. A dificuldade do desafio certamente varia conforme o grau de inserção de cada Estado no contexto internacional, sua capacidade interna de resistir ou impor suas vontades ou conforme o regime de negociação. No caso de sistemas regionais de integração, temos um novo desafio que depende da solidez dos arranjos institucionais criados pelos Estados. Em Organizações internacionais mais recentes e menos estruturadas, como o MERCOSUL, o futuro do direito internacional parece ser regional.

---

5 WT/DS332/AB/4, para. 228

6 SLAUGHTER, A-M., BURKE-WHITE, W. The future of international law is domestic (or the european way of law) *in* Harvard International Law Journal. 327, 47.

Isso porque o novo direito internacional do comércio, criado a partir de 1995, impõe-se com níveis de cogência e efetividade muito além daqueles com os quais os Estados estavam acostumados em outras formas de integração, à exceção da União Européia, que já possuía instituições regionais mais sólidas. Neste sentido, as lógicas de interpretação globais, como as do OSC, muito inspiradas no direito anglo-saxão impõem-se sobre sistemas regionais de integração de outras tradições jurídicas a exemplo do MERCOSUL de tradição continental européia, forçando a mudança do rumo da evolução natural de uma jurisprudência regional.

Na prática, a decisão do OSC molda a forma de atuação dos árbitros regionais, induz a verificação de como uma decisão regional seria revista pelo OSC, pois sabem que os Estados poderão iniciar outro painel na OMC, caso estejam descontentes. Em virtude dos diferentes níveis de poder de aplicar sanções e efetividade, a decisão da OMC ira preponderar. Em outras palavras, a única solução possível para evitar uma "revisão" da decisão regional é a aplicação das regras da OMC. Deste modo, precedentes e formas de interpretação do direito fixados pelo OSC tornam-se universais.

Trata-se de um processo de fertilização cruzada, não como percebemos em direitos humanos, onde uma interpretação mais coerente é utilizada por diferentes tribunais, para aperfeiçoar a aplicação do direito, como por exemplo em direitos humanos, no tocante à recusa de extradição de condenados à pena de morte, pela qual diversos tribunais se inspiram na posição da Corte Européia de Direitos Humanos, considerando a espera do prisioneiro pela execução como tratamento desumano e degradante e negam a extradição ou exigem a conversão da pena[7]. No caso do direito do comércio internacional, a utilização da lógica do outro tribunal se faz por uma necessidade, como a única lógica possível para a própria garantia da legitimidade e mesmo utilidade do próprio órgão regional de solução de controvérsias.

e) Tratamento especial e diferenciado

O tratamento especial e diferenciado nos tratados da Organização Mundial do Comércio aparece de forma pontual e raras vezes foi citado de forma explícita[8]. No entanto, na prática, pode ser localizado pontualmente e "nas entrelinhas" da decisão, na margem de apreciação do Órgão de Solução de Controvérsias quando da análise de questões pontuais, sobretudo em temas sensíveis como meio ambiente e saúde pública.

Na decisão sobre os pneus, as fraquezas institucionais de um membro em desenvolvimento são levadas em consideração para determinar a insuficiências das medidas de controle operadas pelo Governo brasileiro e atuam em defesa do argumento da necessidade da medida, conforme o caput do art. XX.

4. Conflitos de lógicas: internacional vs. nacional

Interessante pensar no conflito entre a lógica interna e a lógica internacional. Na lógica internacional, existe apenas um Brasil. Os resultados efetivos são as únicas fontes informadoras do cumprimento das normas internacionais. Internamente, ocorre uma batalha, entre Executivo e empresas do setor. Como vimos, o Poder Executivo, em especial o Ministério do Meio

---

7 CEDH. Contencioso Soering c. Reino Unido. Decisão de 7.07.1989. Para decisões contra a extradição ao Irã e a China, ver CEDH. Aspichi Dehwari c. Países Baixos. Decisão de 22.06.1999 e CEDH. Yang Chun Jin c. Hungria. Decisão de 08.03.2001. Corte Constitucional Italiana. Cassazione penale 1996, p. 3258, nota Dionatellevi. Decisão de 26.06.1996. Decisão da Suprema Corte da África do Sul. Contencioso State c. Makwangane, de 1995. Sobretudo, ver DELMAS-MARTY, Mireille. Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné. Paris : Seuil, 2006, p. 50-65.

8 VARELLA, M. D. Direito internacional econômico ambiental. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

Ambiente, desejava impedir a importação de pneus usados. As empresas desejam importá-los. Os palcos desta batalha, no âmbito nacional, são o Legislativo e o Judiciário.

No Judiciário, as empresas são beneficiadas por liminares *inter partes*. Os juízes brasileiros, ao conceder as liminares, acreditavam estar atuando temporariamente em benefício de uma determinada empresa, que litigava em um processo específico. Na prática, o conjunto de decisões ao ser considerado como uma discriminação arbitrária ao comércio internacional impõe a obrigação do Brasil tornar possível a livre importação de pneus usados. Neste sentido, ainda que a batalha estivesse praticamente ganha internamente, pois a grande parte dos pneus usados eram barrados pelo Executivo, o fato de ter uma pequena percentagem restante foi suficiente para garantir a consideração do aumento da quantidade nos últimos anos pelo OSC e a condenação contra o Brasil, obrigando a inversão e a obrigatoriedade de aceitação pelo Governo brasileiro da importação livre de pneus.

Em 12 de dezembro de 2007, o Supremo Tribunal Federal suspendeu os efeitos da liminar de um processo contra uma das maiores empresas importadoras, BS Colways, do Paraná. Trata-se de um primeiro passo na formação de uma jurisprudência que pode servir de precedente para evitar a concessão de outras liminares. No entanto, não tem os mesmos efeitos do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, que repousa no STF e que teria efeito sobre todas as liminares em curso, como e pacificação do problema junto à OMC. A partir desta primeira decisão *inter partes*, será necessário que as demais liminares já em vigor sejam julgadas em segunda instância para que haja a suspensão das importações e assim o volume de pneus importados seja reduzido a ponto de demonstrar que, de fato, houve uma ação do Estado Brasileiro. Logo, uma solução que gere efeitos no contexto internacional deve levar mais tempo do que aquele concedido pela Organização Mundial do Comércio para o Brasil cumprir a decisão internacional.

Caso a decisão se confirme, o Brasil deve implementar o painel da OMC, sob pena de sofrer retaliações comerciais das União Européia, o que não é uma solução possível politicamente. O resultado será que as decisões *inter partes* do Poder Judiciário teriam como efeito a mudança da legislação brasileira e a abertura comercial à importação de pneus usados. Como alegamos na premissa, a falta de coerência interna entre os Poderes do Estado são interpretadas pelo direito internacional como um ilícito. No direito internacional econômico, a solução é encontrada em favor do livre comércio, pouco importando se a falta de coerência tinha, na prática, um peso favorável à proteção ambiental.

O Brasil poderia contornar a decisão, caçando as liminares. Para isso, o Judiciário deveria julgar o processo num período razoável de tempo, ao menos antes de um processo de maior dimensão fosse julgado no âmbito internacional, mas as deficiências institucionais do Judiciário impedem um julgamento neste prazo. No mesmo sentido, o Legislativo poderia aprovar as normas mais rígidas para a importação de pneus. Por fim, o Executivo poderia decidir a questão, editando uma Medida Provisória, alterando a legislação e dando outros subsídios aos magistrados para julgar os processos em curso conforme seus interesses de proteção ambiental.

A exposição e detalhamento do caso dos pneus fornece excelentes elementos para uma breve analise teórica das implicações resultantes da discrepância das lógicas internacional e nacional de solução de conflitos jurídicos. Várias são as possibilidades de reflexão em torno da questão, mas circunscrever-se-á, pelos limites da presente digressão, às seguintes: 1) o fenômeno da disjunção das lógicas interna e externa, 2) o (sem)sentido jurídico e político das decisões e 3) o consequencialismo como uma proposta de mininização do risco econômico.

4.1 A disjunção das lógicas interna e externa

O direito trabalha, tradicionalmente, com a lógica da auto-centralidade e dos limites soberanos de suas decisões dentro do espaço geopolítico do Estado. Ocorre que a globalização (ou mundialização) econômica, alimentada por uma revolução tecnológica contínua, realiza-se cada vez mais com intensidade acachapante.

A integração mercadológica é um fato inexorável e, a despeito da tradicional autoridade do direito e da capacidade mobilizadora da força institucional para a implementação de decisões jurídicas, os Poderes acham-se, no mundo pós-globalização, cada vez mais impotentes para impor a lógica jurídica interna à lógica econômica externa.

O contexto decisório no qual hoje um juiz que decide sobre questões econômicas e mercadológicas têm que atuar é, sem dúvida, extremamente mais complexo do que aquele do fim do século XIX e da primeira metade do século XX, no qual paradigma do positivismo legalista individualista poderia ter alguma potência operativa. A crescente complexidade social e a velocidade das transformações tecnológicas são incompatíveis com a lógica do juiz responsivo que atua no direito privado com base quase que exclusivamente no *pacta sunt servanda* e que entende o direito público como o império da estrita legalidade fundada em uma "ordem constitucional" de viés interno de referência.

O que se vê no caso dos pneus é que com a não-decisão judicial, processa-se uma decisão *de facto* a favor da liberdade de comércio e contra a proteção ambiental. Razões para que a decisão demore a ser tomada há várias, que de alguma forma poderiam legitimar de forma convincente a demora na atuação do Judiciário. Poder-se-á alegar que há muitos processos para serem decididos e que a carga de trabalho não permite que a decisão seja proferida em tempo razoável ao que esperam aqueles que vêem na lentidão processual um perigo ao meio ambiente brasileiro. Outra razão plausível é a complexidade e dificuldade dos conflitos que são levados ao Supremo Tribunal Federal, que demandam atenção detida em cada um deles, impossibilitando a justiça célere.

Embora as justificativas possam ser consideradas legítimas e expliquem com alguma razoabilidade a demora na prolação da decisão do caso dos pneus, nenhuma razão modificará a realidade de que a velocidade das decisões tomadas pelos foros internacionais acabará condicionando o comportamento do mercado e o país pode ser prejudicado ou beneficiado à revelia da decisão *soberana* do Supremo Tribunal Federal.

Em um Estado continental como o Brasil, com baixo grau de internacionalização relativa da economia e da sociedade (mas também em outros Estados similares como China, Rússia ou Índia), o mundo jurídico ainda é marcado pela centralidade do direito interno. Neste sentido, ainda é difícil argumentar que o Poder Judiciário não deveria ser obrigado a acelerar suas decisões para mostrar a coerência do Estado em função de pressões externas. Mas numa visão pragmática dos resultados em termos de bem-estar para a população do país não prescinde da adequação da velocidade interna de respostas das instituições à das instâncias internacionais. Ao ignorar ou mesmo desconsiderar a decisão da OMC como um fator importante a ser levado em conta em termos de orientação e de velocidade decisórios, os órgãos internos promovem a *disjunção*[9] das lógicas interna e externa das decisões sobre conflitos comerciais.

A disjunção das lógicas sistêmicas interna e externa pode também ser entendida como o conflito entre os princípios da legalidade, expresso no caso pela liberdade de iniciativa, e da

---

[9] Sobre a noção de disjunção: Legalizando o ilegal: propriedade e usurpação no Brasil, Revista Brasileira de Ciências Sociais, 21: 68-89 James HOLSTON and Teresa P. R. CALDEIRA. In press (1997). e Democracy, law, and violence: disjunctions of Brazilian citizenship. In Fault lines of democratic governance in the Americas. Felipe Agüero, and Jeffrey Stark, editors. Miami: North-South Center Press and Lynne Rienner Publishers.

eficiência das políticas públicas, aqui especificamente no âmbito da proteção ambiental. Há, de certa forma uma incompatibilidade valorativa intrínseca entre os valores da livre iniciativa e da realização eficiente de políticas públicas, dados os focos individualista daquele e coletivista deste. Entretanto, ao deixar sem resposta um conflito no qual os limites de força dos dois princípios precisam ser delimitados, o Judiciário acaba por agravar a aparente incomensurabilidade da coexistência entre ambos. A função controladora e reguladora das normas, com seu atributo essencial de previsibilidade, fica gravemente prejudicada, subordinando na prática a expectativa dos atores econômicos às sinalizações normativas externas, no caso à decisão da OMC.

4.2 Crise do Direito

A idéia de crise está associada á incapacidade de dar respostas satisfatórias a problemas os quais, ao não serem resolvidos, agravam-se.[10] Há uma crise do Direito que, indissociada da crise do Estado, apresenta-se num de seus aspectos como uma progressiva deterioração da organicidade do sistema jurídico, com o colapso do constitucionalismo e a crescente superação do equilíbrio entre os poderes, bem como o fenômeno da globalização econômica, a partir da década de 80. As estruturas jurídicas e políticas legadas pelo Estado liberal, no século XIX, e pelo Estado Social, no século XX, demonstram estar passando por um momento de crise e transformação, e assim também o Direito.

A perda de confiança nas soluções normativas é a expressão mais clara da perda de legitimidade do Direito, já que as condições apresentadas pela realidade são muito diversas daquelas em face das quais o repertório normativo vigente foi concebido, aspecto que será tratado oportunamente no presente trabalho. E a legitimidade condiciona o funcionamento do Direito enquanto sistema decisório, porquanto calibra o sistema, conferindo-lhe segurança, por meio da aquiescência generalizada.

Estruturas da ordem jurídica são ultrapassadas e a própria técnica jurídica é alterada. Há instabilidade no Direito Positivo em razão da já aludida inflação legislativa. Paira a insegurança jurídica acarretada pela perda de confiança nas soluções normativas; o Estado se ausenta das suas funções para parcela considerável da população; o aumento de poder dos instrumentos de controle social como a manipulação dos instrumentos de comunicação de massa, a baixa implementação dos direitos individuais e sociais consagrados constitucionalmente, tudo isso faz o perfil de uma crise do Direito a qual nos referimos.

Dentre as várias acepções da crise do direito, tão explorada nas décadas de oitenta e noventa, uma das mais importantes é a institucional. Segundo essa crítica, ao não produzir respostas adequadas aos problemas que lhe são apresentados, as instituições encarregadas de operar o direito fazem agravar os níveis de conflituosidade e perdem legitimidade enquanto *locus* de solução de conflitos. Exemplos evidentes dessa perda de legitimidade é a busca de arbitragem especializada pelas empresas quando têm necessidade de resolver conflitos empresariais e a relutância do cidadão em buscar junto aos advogados, no Judiciário, na polícia e no Ministério Público guarida para a solução de seus conflitos.

A decisão no caso dos pneus pode ser vista como um elemento exemplar da crise do institucional do Judiciário, já que ao não decidir, acaba por "decidir" contrariamente aos interesses mais claramente identificados com a preservação ambiental e dos direitos dos consumidores, ousa-se dizer do *interesse nacional*.

---

[10] FARIA, José Eduardo. (organizador) *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*, São Paulo, Malheiros, 1996, pág. 9

A globalização econômica e a crescente expansão de um direito paralelo ao dos Estados leva ao reconhecimento de uma "*Lex mercatoria*" que se impõe pela necessidade de velocidade nas decisões que tenham impacto na vida econômica das empresas, principalmente as que operam em escala transnacional. Há, dessa forma, o deslocamento de legitimidade dos foros tradicionais decisórios como o Judiciário para outros considerados mais eficientes como tribunais de arbitragem por exemplo.

As decisões são dadas de forma a observar a soberania interna do Estado, mas desconsideram as implicações mercadológicas globais. O conceito de soberania adstrito aos limites geopolíticos do Estado é insuficiente para dar conta de explicar o fenômeno jurídico e operar um sistema de resolução de conflitos inserto no mercado mundializado. A *Lex mercatoria* se impõe assim como a mais importante *ratio* da lógica econômica dos atores globais, dentre os quais os fabricantes de pneus.

Há três aspectos importantes do caso dos pneus que revelam a dificuldade decisória e ilustram a dificuldade operativa do modelo de tratamento do conflito. São eles 1) a complexidade; 2) a ambigüidade/conflitividade e 3) o papel dos controles sociais não-jurídicos.[11]

Por complexidade entendem-se as múltiplas especializações promovidas pela industrialização, bem como a multiplicidade das formas de relações de produção, onde convivem simultaneamente formas sociais que vão desde as tribais até relações mais típicas do capitalismo avançado. Tais condições são ensejadoras da dificuldade de enquadramento tipológico do conflito bem como da antevisão das conseqüências decisórias. Veja-se que no caso dos pneus estão envolvidas questões de saúde pública que alcançam populações próximas a depósitos de lixo, a já mencionada possibilidade de servirem as carcaças como criadouros de vetores de doenças, bem como questões altamente complexas relativas à liberdade de atuação dos fabricantes no mercado internacional.

Ambigüidade/conflitividade diz respeito à contraditoriedade das demandas de diferentes grupos sociais, as quais não "dão liga", revelando a distância que separa os diversos grupos da sociedade brasileira. De um lado empresários, de outro grupos de *ongueiros* defensores do meio ambiente, além de empregados das empresas de recuperação de pneus que querem preservar seus postos de trabalho e ainda o Ministério da Saúde, encarregado da consecução das políticas de saúde pública.

A existência de controles sociais não-jurídicos revela meios que funcionam mais pela persuasão e incentivos do que pela repressão. A função de persuasão e incentivo, com o instrumento da sanção premial, é mais adequada às sociedades modernas, planificadoras, e o pensamento jurídico está preso à idéia de sanção e repressão de desvios. A comunicação dos envolvidos no conflito pela mídia realizando propaganda constantemente, a batalha de contra-informação, a pressão política com os apelos de financiamentos de campanha, a retórica da perda de empregos decorrente da diminuição da atividade econômica, a pressão dos sindicatos pela manutenção dos empregos, as demandas de consumidores, tudo isso acaba entrando no *jogo* da disputa sobre o conflito que acaba por exercer uma calibragem das expectativas de todos os envolvidos no problema, inclusive o Judiciário.[12]

---

[11] José Reinaldo de Lima LOPES.. A função política do Poder Judiciário in Direito e Justiça - A função social do Judiciário, José Eduardo Faria (org), págs. 124/129

[12] A sociedade brasileira tornou-se assim uma sociedade complexamente estruturada, onde as possibilidades conectivas e significativas ultrapassam em muito a previsibilidade normativa. Sobre a noção de complexidade estrutural, LUHMANN, Niklas, *Sociologia do Direito*, Rio de Janeiro, Edições Tempo Brasileiro, 1983, 2 volumes.

4.3. O (sem) sentido jurídico e político da decisão

A imparcialidade do Judiciário pressupõe sua imunização contra influências externas que condicionem ou enviesem suas decisões. Seu distanciamento das partes e das vicissitudes da vida quotidiana não pode, entretanto, torná-lo imune à realidade. Sob o pretexto de que não se decide sob pressão, não é admissível que seja desconsiderada a emergência de uma decisão que tem impacto na vida econômica e na implementação de políticas públicas cujas conseqüências são dramaticamente impactantes no dia-a-dia das pessoas.

O ideal de segurança jurídica, entendido como o razoável conhecimento e previsibilidade sobre o sentido normativo de um comando, somente pode ser verificado se houver decisões dadas. Ao não decidir o Tribunal não atua em desacordo com a legalidade. A demora em decidir é consentânea com a ordem jurídica interna, mas do ponto de vista das conseqüências de sua implementação criam um sem-sentido jurídico e político, já que o Poder Executivo acaba por não ter previsibilidade e calculabilidade para atuar na concretização de uma política pública de proteção ambiental e de saúde no caso dos pneus.

4.4 O conseqüencialismo

As decisões jurídicas, mormente as que estejam relacionadas com a implementação de políticas públicas, provocam inexoravelmente impacto na realidade. Qualquer decisão tem, portanto, conseqüências que não podem deixar de ser consideradas quando o julgador faz suas escolhas. Mesmo o não decidir implica em que ocorram conseqüências no mundo fático. No caso dos pneus a conseqüência da não decisão foi claramente o reconhecimento e a adoção pelo mercado da decisão da OMC como orientação normativa. É possível também que o Tribunal não tenha levado em conta as conseqüências de não decidir, o que parece ser mais grave do que a primeira hipótese.

Nos anos setenta e oitenta vimos surgir uma série de autores que se notabilizaram por reintroduzir no direito a preocupação central com as conseqüências das decisões, algo que talvez tenha sido eclipsado durante a preeminência do discurso teórico que conformava o positivismo legalista, tão em voga entre nós durante até então no século vinte.[13]

Um autor exemplar da reintrodução do conseqüencialismo no raciocínio jurídico é Neil MacCormick. Em seu *Legal Reasoning and Legal Theory*,[14] ele produz uma teoria ao mesmo tempo descritiva e propositiva do processo decisório, esclarecendo com base em exemplos de julgados dos tribunais escoceses e ingleses os motivos pelos quais as decisões são produzidas. A decisão judicial pode ser, em alguns casos, produzida por meio de dedução, mas em outros, talvez a maioria, ela não é somente um ato de dedução, mas um processo de produção de juízo complexo no qual há a consideração de questões de relevância, de interpretação e de classificação. As decisões devem obedecer os requisitos de consistência e coerência. Mais importante para a presente análise é a afirmação de que somente a consideração das conseqüências da escolha da decisão em um determinado sentido é que determina sua proeminência em relação a outras possibilidades.

Embora as regras e os princípios jurídicos forneçam elementos para que uma decisão seja dada, especialmente em questões nas quais estão envolvidas políticas públicas é sempre necessária a consideração das conseqüências no processo de determinação do resultado de um

[13] Exemplos são Ronald Dworkin, Neil MacCormick e Manuel Atienza.

[14] MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Series, 2004.

juízo.[15] Em síntese, MacCormick diz que dentro dos limites dados pelos requisitos da justiça formal, consistência e coerência, e dentro dos limites semânticos dos princípios e das possibilidades interpretativas proporcionadas pela analogia, o raciocínio jurídico é essencialmente conseqüencialista.[16] Na maioria dos casos mais de uma decisão poderia ser considerada formalmente justa, coerente e consistente com o sistema normativo como um todo, decisões estas que seriam dadas com base em princípios e regras, tendo como precedentes outras decisões já dadas por outros ou pelo mesmo tribunal. Nesses casos a decisão final acaba sendo tomada por meio da consideração das conseqüências resultantes do impacto da decisão no mundo dos fatos.

Pois bem, a não decisão no caso dos pneus teve como resultado concreto da inação do Supremo um problema para a implementação das medidas de proteção ambiental e de saúde pública cuja implementação é imposta ao Estado como um todo por determinação constitucional. O desalinhamento (disjunção) entre a posições do Executivo e do Judiciário, por sua vez, acaba sendo solucionada por meios que originalmente não seriam os mais adequados para tanto, como por exemplo, a edição de medidas provisórias pelo Executivo para normatizar questões que deveriam observar trâmite legislativo regular. Fecha-se aí o círculo vicioso da usurpação da legitimidade do Legislativo enquanto casa de leis, outra crítica quotidiana da relação entre os Poderes no Brasil.

Por outro lado, a decisão do STF, após a decisão da OMC, em alguns casos específicos, tem clara inspiração na decisão do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC. Por referências expressas dos juízes, foi influenciada pelas conseqüências da eficácia *erga omnes* da decisão a priori com eficácia apenas *inter partes*. As decisões do STF geram precedentes que devem contribuir no longo prazo para a redução de outras liminares e para conformidade com parte da decisão da OMC. Se a cassação das liminares ocorrer antes do prazo de implementação do painel, o problema passara novamente às mãos do Executivo. Neste, a decisão volta a ser global. Se descumprir a decisão do MERCOSUL, estará na verdade aceitando os pneus europeus e terá que enfrentar a decisão do STF e do Legislativo. Se descumprir, forçará a coerência do MERCOSUL com as decisões da OMC e ganha o meio ambiente.

---

15 HARRIS, J. W. *Legal Philosophies*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 217

16 MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005. Especialmente o Capítulo 6.

El ordenamiento juridico Mercosur y la viabilidad de la aplicación directa de las normas Mercosur a la luz del Derecho Constitucional de los Estados Partes

Marina García del Rio*
Valentina Raffo**

Resúmen: 1. Introducción 2. La estructura intitucional del Mercosur. Órganos con capacidad decisoria. 3. El Ordenamiento Jurídico del Mercosur. 4. Dificultades detectadas en la aplicación del sistema de incorporación. 5. Posibles soluciones. Aplicación Directa. 6. Análisis de las constituciones de los Estados Estados del MERCOSUR. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El MERCOSUR tiene un ordenamiento jurídico distinto al de los Estados que lo integran, con características propias y mecanismos de aplicación y vigencia particulares a los que nos referiremos en este trabajo.

Las normas emanadas de los órganos de la estructura institucional del MERCOSUR son obligatorias para los Estados Partes y deben ser internalizadas o incorporadas en los respectivos ordenamientos jurídicos de los países socios. Es sabido que la demora e incluso la no incorporación de esas normas en los derechos positivos de los integrantes del bloque, es una de las causas que coadyuva al estancamiento y falta de credibilidad del proceso de integración del MERCOSUR, que se traduce en un déficit de seguridad jurídica que resulta sumamente perjudicial.

Varios intentos de solución se han ensayado hasta la fecha, sin haberse encontrado por el momento, uno que permitiera solucionar definitivamente esta situación. Uno de los últimos, ha sido el dictado de una norma del Consejo del Mercado Común –órgano superior del MERCOSUR- que establece lineamientos tendientes a imponer un procedimiento de "aplicación directa" de las normas MERCOSUR en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados Partes. Lamentablemente, este intento tampoco logró ser exitoso, debido fundamentalmente a que en la implementación del mecanismo de aplicación directa algunos Estados Partes alegaban imposibilidades derivadas de sus respectivas Constituciones Nacionales. ¿Cuál sería una solución viable que termine definitivamente con este grave problema que sufre el proceso de integración? ¿Qué soluciones aplican otros esquemas de integración para lograr la coexistencia de las normas nacionales y las derivadas del propio proceso de integración regional?

En este trabajo se intentará encontrar respuestas a dichos interrogantes, mediante el análisis del ordenamiento jurídico del MERCOSUR y las dificultades del sistema vigente que dispone un procedimiento de incorporación de las normas MERCOSUR a los derechos internos. Asimismo se estudiarán posibles soluciones basadas fundamentalmente en el mecanismo de aplicación directa, tomando como referencia la experiencia de la Unión Europea.

Finalmente, se realizará un análisis de la relación entre las normas del MERCOSUR y los respectivos derechos internos de los Estados Partes, a la luz de las disposiciones de sus textos

* Marina García del Río, Abogada, Asesora de la Dirección Nacional de Política Comercial Externa del Ministerio de Economía y Producción de la República Argentina.

** Valentina Raffo, Abogada y Licenciada en Relaciones Internacionales, Asesora de la Dirección de Asuntos Institucionales de MERCOSUR de la Cancillería Argentina.
Las opiniones vertidas en el presente trabajo son realizadas por las autoras a titulo personal y no comprometen al Gobierno de la República Argentina.

constitucionales, con el objeto de alcanzar alguna conclusión que sirva para explicar, en alguna medida, la importancia que tendría para el avance del MERCOSUR implementar el mecanismo de aplicación directa de sus normas, y por qué no? la conveniencia de efectuar eventuales reformas en las Cartas Magnas de algunos Estados Partes con el objeto de posibilitar la profundización del proceso de integración regional.

2. LA ESTRUCTURA INSTITUCIONAL DEL MERCOSUR. ÓRGANOS CON CAPACIDAD DECISORIA

El MERCOSUR es un acuerdo de integración regional que se enmarca en el ámbito de la ALADI. Se creó mediante la firma del Tratado de Asunción el 26 de marzo de 1991. Entre ese año 1991 y el final del año 1994 se desarrolló el denominado período de transición hacia la conformación del mercado común. Este período culminó en diciembre de 1994 con la suscripción de los acuerdos de Ouro Preto, entre los cuales se encuentra el denominado Protocolo de Ouro Preto que es el que definió la estructura institucional del MERCOSUR.

Este Protocolo estableció que el MERCOSUR estaría conformado por seis órganos, de los cuales sólo tres tendrían capacidad decisoria, (cabe recordar que las decisiones en el MERCOSUR se toman por consenso). Estos son, en orden de importancia, el Consejo del Mercado Común –CMC-, el Grupo Mercado Común –GMC- y la Comisión de Comercio del MERCOSUR –CCM-. Con respecto a los restantes órganos sólo merece hacerse una mera mención, dado que no tienen vinculación con el tema que se desarrolla en este trabajo; ellos son la Comisión Parlamentaria Conjunta -CPC- (en la actualidad reemplazada por el Parlamento MERCOSUR –PARLASUR-), el Foro Consultivo Económico y Social –FCES- y la Secretaría Administrativa del MERCOSUR –SAM-.

Volviendo a los órganos con capacidad decisoria, cabe mencionar que el de mayor jerarquía es el Consejo del Mercado Común -CMC-, que está integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores y de Economía de los Estados Partes y se pronuncia mediante el dictado de normas que se denominan "Decisiones". Se reúne cada seis meses en forma ordinaria y puede reunirse en cualquier momento, en forma extraordinaria si la naturaleza o urgencia de algún tema lo justificase. Sus reuniones coinciden con las denominadas cumbres del MERCOSUR, a las que asisten también durante la última de las jornadas previstas, los Señores Presidentes de los países integrantes del bloque.

El Grupo Mercado Común -GMC-, que es el órgano que le sigue en jerarquía, está integrado por funcionarios de los Ministerios de Relaciones Exteriores, de Economía y de los Bancos Centrales de los Estados Partes. Los miembros titulares son secretarios de estado y subsecretarios y los presidentes de los bancos centrales. Se pronuncia mediante la adopción de normas a las que se las llama "Resoluciones" y es, en definitiva, el órgano ejecutivo del MERCOSUR. Se reúne en general cada tres meses en forma ordinaria y puede reunirse en forma extraordinaria cada vez que lo estime necesario.

Finalmente el último órgano con capacidad decisoria es la Comisión de Comercio del MERCOSUR -CCM-, encargada de asistir al GMC. Se encuentra integrada por cuatro miembros titulares y cuatro suplentes pertenecientes a los Ministerios de Relaciones Exteriores, de Economía y de las Aduanas de los Estados Partes, y tiene delegadas funciones estrictamente relacionadas con la aplicación de los instrumentos de política comercial común y con el funcionamiento de la Unión Aduanera. Se reúne con una periodicidad mayor, generalmente cada mes y medio en la ciudad de Montevideo. Dicta normas obligatorias que se denominan "Directivas".

Las normas emanadas de los órganos MERCOSUR precitados son las que, en su mayoría, deben ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes. También en su mayoría estas incorporaciones se realizan a través de normas administrativas de los países socios, es decir, aquellas que se dictan en las órbitas de los respectivos Poderes Ejecutivos.

Es para acelerar la incorporación de este cúmulo de normas que sería conveniente implementar un mecanismo superador del establecido en los artículos 38 a 40 del Protocolo de Ouro Preto, siendo una posibilidad a explorar la adopción de un mecanismo de "aplicación directa" de las normas emanadas de estos órganos que no requieran tratamiento legislativo en ningún Estado Parte. Este tema se intentará abordar en el presente trabajo.

3. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DEL MERCOSUR

El proceso de integración del MERCOSUR se asienta sobre un conjunto de normas que regulan las relaciones de integración y conforman su "ordenamiento jurídico", el cual es distinto a los órdenes jurídicos de los Estados Partes.

En tal sentido, algunos juristas argentinos han afirmado que *"....la estructura jurídica del TA y las normas derivadas aprobadas por el Consejo y el GMC fueron conformando un "derecho de la integración del MERCOSUR"*[1]. Los distintos Laudos pronunciados en el ámbito del MERCOSUR también han reconocido la existencia de ese ordenamiento jurídico autónomo, definiéndolo como un conjunto normativo de formación sucesiva que acumula disposiciones adoptadas en un proceso de decisiones políticas y jurídicas, y como un orden normativo creado por las Partes[2]. En el caso bicicletas el Tribunal ad hoc que entendió en la controversia, señaló que las enumeraciones de los artículos 41 de Ouro Preto y 19 de Brasilia[3], consagran el marco normativo del MERCOSUR integrado por el derecho originario (las normas de los tratados) y el derecho derivado (Decisiones, Resoluciones y Directivas) y que ambos revisten carácter obligatorio[4].

En efecto, como el de todos los esquemas de integración, el ordenamiento jurídico MERCOSUR está formado por normas originarias y derivadas. Son originarias las que suscriben los Estados participantes en cuanto tales (tratados, acuerdos, protocolos). Éstas se rigen por el Derecho Internacional Público y entran en vigor conforme a las disposiciones constitucionales de los Estados Partes (generalmente requieren aprobación de los órganos estatales competentes).

Son derivadas las que aprueban los órganos que en virtud del tratado fundacional, están dotados de facultades normativas. Estas normas comienzan a regir conforme a la modalidad que se haya establecido en las normas primarias[5].

En el MERCOSUR, el derecho originario lo conforman el Tratado de Asunción (TA), el Protocolo de Ouro Preto (POP) y el Protocolo de Olivos para la Solución de controversias en el MERCOSUR (PO) y todos los Protocolos que son parte del Tratado de Asunción. Sin embargo, los tres primeros instrumentos conforman el derecho originario fundacional del MERCOSUR, derecho al que deben ajustarse los demás Protocolos y las normas emanadas de los órganos con capacidad decisoria establecidos en el art. 2 del POP.

---

1 BOLDORINI, María Cristina y CSAR de ZALDUENDO, Susana: "La estructura Jurídico-institucional del MERCOSUR después del Protocolo de Ouro Preto", boletín Informativo Techint Nro 283, Buenos Aires, julio-septiembre de 1995.

2 Laudo en la Controversia por Comunicados DECEX y Licencias no Automáticas, párrafos 50 y 51.

3 En referencia al Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias en el MERCOSUR de 1991.

4 Laudo en la Controversia por Restricciones al Acceso de Bicicletas Uruguayas al Mercado Argentino, Fundamentos, punto 3.1

5 Cfr. Guido F. S. Soares, *A Atividade Normativa do Mercosul nos Dois Primeiros Anos de Vigencia do Tratado de Asunçao*, en "Boletim de Integraçao Latino-Americana", Nº 12, enero-marzo de 1994, Ministerio de las Relaciones Exteriores de Brasil, pág. 8.

El ordenamiento jurídico MERCOSUR en los tratados fundacionales

El tema de vigencia de las normas MERCOSUR fue abordado inmediatamente después de la firma del Tratado de Asunción. Durante el "período de transición" que abarcó desde fines de noviembre de 1991 hasta el 31 de diciembre de 1994 y ante la necesidad de que rigieran y se observaran las disposiciones cuatripartitas, se adoptaron algunas decisiones relacionadas con el cumplimiento de esas normas en los Estados Partes.

En tal sentido, la Decisión CMC 11/91 impuso la necesidad de "*incorporar.... de acuerdo con los procedimientos administrativos correspondientes*" la normativa MERCOSUR; la Decisión CMC 13/91 la obligación de publicarla con la finalidad de su difusión; y la Resolución GMC 8/93 encomendó relevar, por medio de la Secretaría Administrativa, la *"puesta en vigencia de la Decisiones y Resoluciones en el orden interno de los Estados Partes"*.

El Protocolo de Ouro Preto representa un avance sustantivo para los aspectos jurídicos del proceso de integración, definiendo con claridad y precisión los alcances de la normativa MERCOSUR. En ese sentido, se destacan las siguientes previsiones:

i) Especifica los órganos facultados para aprobar normas (capacidad decisoria): el Consejo, el Grupo y la Comisión (art. 2). Dicha atribución expresa de facultades en el marco de la naturaleza intergubernamental de los órganos del proceso permite inferir que la voluntad expresada a través de esa competencia decisoria es la voluntad de los propios Estados Partes.

ii) Determina que las normas adoptadas por los órganos con capacidad decisoria (Decisiones, Resoluciones y Directivas) son obligatorias para los Estados Partes (arts. 9, 15 y 20). Esto implica que los actos que emanan de los órganos (a los que la doctrina denomina como "derecho derivado") son tan vinculantes como las propias cláusulas de los tratados y protocolos ("derecho originario").

iii) Incluye el compromiso de los Estados Partes de adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento en sus territorios de las normas obligatorias (art. 38)[6]. Los Estados Partes al incluir esta cláusula confirmaron su intención de dar eficacia a la normativa MERCOSUR y consagraron expresamente una obligación de comportamiento.

iv) Establece el deber de incorporar a los ordenamientos jurídicos nacionales las normas obligatorias cuando esa incorporación sea necesaria. Existen normas cuya internalización al derecho nacional no es necesaria para su cumplimiento (art. 42), como las referidas a la organización y funcionamiento interno del MERCOSUR.
La incorporación puede tener requisitos diferentes en cada país según las exigencias del respectivo ordenamiento público administrativo.

v) Crea el Boletín Oficial del MERCOSUR, para publicar allí las normas obligatorias y otros actos (art.39).

vi) Establece un procedimiento para asegurar la vigencia simultánea de las normas MERCOSUR, es decir que las mismas rijan en condiciones temporales coincidentes en los cuatro países (art. 40). Este mecanismo pretendía preservar la igualdad jurídica entre los Estados Partes y entre los particulares en cada uno de ellos, cuyos intereses quedan regulados por las normas MERCOSUR.

vii) Establece las fuentes del MERCOSUR, admitiendo de manera implícita la existencia de un derecho del MERCOSUR. El art 41 del POP dispone que son fuentes el Tratado de

---

[6] Esta disposición configura un "compromiso general de observancia" que, con un alcance similar, se encuentra en el Tratado de Roma de la CEE (art. 5); en el Grupo Andino (art. 5 del Tratado de 1979); y, con una redacción algo distinta en el art. XVI.4 del Acuerdo que establece la OMC.

Asunción y sus Protocolos; los instrumentos adicionales y complementarios al TA; los acuerdos celebrados en el marco del TA y sus Protocolos; y la normativa adoptada por los órganos con capacidad decisoria desde la entrada en vigencia del TA (Decisiones, Resoluciones y Directivas).

La obligación de incorporar las normas de derecho derivado

El POP establece el requisito de la incorporación de las normas de carácter obligatorio (art. 42) lo que demuestra que la voluntad de los países fue la de generar un sistema de derecho que se complementara con los sistemas internos y donde la penetración en ellos no fuera automática.

Cabe aclarar que el citado art. 42[7] no exige que todas las disposiciones sean receptadas internamente, porque con la expresión "cuando sea necesario" señala que habrá normas, también obligatorias, pero que para su vigencia no será necesario un acto legislativo o administrativo interno, como es el caso de las reglas de organización interna del MERCOSUR (creación de Subgrupos de Trabajo, cronogramas de tareas, convocatoria de reuniones)[8] y de las disposiciones de contenido programático que no impliquen obligaciones de comportamiento.

En cambio, las normas de los órganos del MERCOSUR que abordan cuestiones relacionadas con aspectos internos de cada Estado y que por lo tanto pretenden influir, afectar o modificar dichos ordenamientos internos, requieren para entrar en vigor recorrer el mecanismo previsto en el art. 40 del POP.

Dicho mecanismo tiene por objeto lograr la entrada en vigencia simultánea del derecho derivado MERCOSUR (Decisiones, Resoluciones y Directivas)[9] y consiste en:

1) incorporación por cada país a su derecho interno, es decir que los Estados Partes produzcan actos expresos de transposición o recepción en sus respectivos ordenamientos jurídicos y comunicación de ese hecho a la Secretaría del MERCOSUR (SM);
2) una vez completadas las cuatro incorporaciones, notificación de ello por parte de la SAM a todos los países;
3) vigencia simultánea a los 30 días de la fecha de la notificación de la SAM.

De manera que para estas normas, la incorporación al derecho interno es un requisito previo a la vigencia MERCOSUR. Tal como señaló el Tribunal Arbitral que entendió en el caso bicicletas: "*la circunstancia de que determinadas normas requieran implementación posterior no significa que ellas sean ineficaces, sino que los Estados tienen la obligación de no frustrar su aplicación, así como el cumplimiento de los fines del Tratado de Asunción y sus Protocolos complementarios*"[10].

---

7 El artículo 42 del POP establece: "*Las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el artículo 2 de este Protocolo tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país*".

8 Por el hecho de regular materias administrativas de los organismos comunes no tienen relación alguna con los ordenamientos locales. De ahí que, en principio, desde su aprobación, tienen vigencia inmediata y son obligatorias.

9 Los negociadores del POP, considerando la importancia de evitar asimetrías jurídicas, establecieron el mecanismo del artículo 40. Respecto a esa negociación resulta interesante el relato de Perez Otermín, quien señala "*(...) Conscientes de que gran parte de los incumplimientos en los distintos procesos de integración en América lo han sido por la no "internación" de la norma común en los ordenamientos nacionales, había que buscar un mecanismo que compensara la falta de la aplicación inmediata, único antídoto experimentado con éxito por la Unión Europea, y más recientemente por el Pacto Andino. La alternativa se encontró en reemplazar el principio de la aplicación inmediata por el principio de la aplicación simultánea. La desventaja que para un Estado parte significa, o la incertidumbre que para quien pretenda realizar una inversión en el MERCOSUR representa, que una norma comunitaria se encuentre en vigencia en el derecho interno de uno de sus miembros, frente a otro que aún no la ha "internado", se evita con el establecimiento de un procedimiento que pone en vigencia a las normas comunitarias en forma simultánea en todos los Estados Partes."* Pérez Otermin,Jorge: El Mercado Común del Sur. Desde Asunción a Ouro Preto. Aspectos Jurídicos-Institucionales, Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, p. 101 y 106).

10 Laudo del Tribunal Arbitral "Ad Hoc" de MERCOSUR constituido para entender de la Controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre "Restricciones de Acceso al Mercado Argentino de Bicicletas de Origen Uruguayo"; Fundamentos, punto 3.1. Marco Normativo.

La fuerza vinculante de las normas aprobadas cuatripartitamente y la obligación de incorporarlas a los ordenamientos internos, tiene su fundamento jurídico en varias cláusulas del Protocolo de Ouro Preto (artículos 2, 9, 15, 20 y 42).

El artículo 42 del POP establece: *"Las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el artículo 2 de este Protocolo tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país"*.

En efecto, la incorporación implica el dictado de actos nacionales que recojan el contenido de la norma MERCOSUR. Es decir que, dependiendo de cada ordenamiento interno y según que la materia abordada por la norma MERCOSUR sea de competencia del Poder Ejecutivo o del Legislativo, su incorporación será objeto de actos administrativos o de aprobación vía legislativa, como se verá seguidamente.

Esta regla, además, está amparada por el compromiso general de observancia incluido en el 38 POP que establece *"Los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el artículo 2 de este Protocolo"*.

Es decir que, cuando los órganos de la estructura con capacidad decisoria (art. 2 del POP) adoptan una Decisión, Resolución o Directiva los Estados Partes están sujetos a los compromisos previstos en los artículos 38 y 42 del POP. En otras palabras, están obligados a incorporar la normativa y en consecuencia a aprobar o dictar en sus ordenamientos nacionales las normas internas necesarias para aplicarlas en sus respectivos territorios.

La obligatoriedad de incorporación ha sido reafirmada por varios tribunales arbitrales que actuaron en el ámbito del MERCOSUR. A modo de ejemplo citamos el Laudo dictado en el caso sobre "Aplicación de Medidas Antidumping contra la Exportación de Pollos provenientes de Brasil", donde el Tribunal afirmó: "... *se trata de una obligación jurídica para cada Estado que se concreta en una obligación de hacer: 'adoptar toda las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR'*"[11].

El Estado Parte que incumple con la obligación de incorporar, o la demora injustificadamente, está impidiendo la vigencia de la normativa del MERCOSUR y creando situaciones de asimetría jurídica que, dependiendo del alcance de la norma, perjudican a los agentes económicos de uno o más de los Estados Partes.

Es importante destacar que los artículos 38 y 42 del POP, permiten alegar el "incumplimiento" de un Estado Parte por falta de incorporación de una o más normas MERCOSUR y poner en marcha el procedimiento de solución de controversias del MERCOSUR.[12].

Del mismo modo, la obligación de incorporar la normativa conlleva en forma implícita la obligación de no realizar, a partir del momento de aprobación de la norma, actos incompatibles con ella o que atenten contra su objeto y fin.

Modos de incorporación

La forma de incorporar una norma MERCOSUR y su puesta en vigencia por cada Estado depende del respectivo sistema constitucional y de la naturaleza y alcance de la norma.

---

[11] Laudo del Tribunal Arbitral "Ad Hoc" de MERCOSUR constituido para entender en la Controversia por "Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil, Resolución Nº 574/2000 del Ministerio de Economía de la República Argentina), Párrafo 117

[12] En ese sentido, se destaca el Laudo en el caso Pollos que afirma que "*incumplir con la obligación de incorporar normativa MERCOSUR al ordenamiento interno, habilita la controversia bajo el Protocolo de Brasilia"*. Párrafo 117.

Por el principio de autonomía institucional de los Estados cada país decide cuál es el organismo competente para instrumentar la incorporación. En este sentido el GMC aprobó la Resolución GMC 91/93 que dispone que las Decisiones y Resoluciones incluirán, cuando corresponda, la identificación de la repartición de cada Estado que debe incorporarlas y aplicarlas, la modalidad de los actos que las reparticiones adoptarán y la fecha de entrada en vigor.

Los caminos utilizados han sido:

a) la remisión de las normas a los Congresos para su aprobación legislativa y ulterior ratificación por los Ejecutivos;
b) la suscripción de acuerdos o protocolos en el marco de la ALADI; y
c) la aprobación de actos administrativos por los Poderes Ejecutivos

a) Incorporación por aprobación legislativa

Un número importante de normas MERCOSUR requieren tratamiento legislativo. En la mayoría de los casos se trata de instrumentos internacionales (protocolos, acuerdos) negociados en el ámbito del MERCOSUR que son suscriptos por los Estados Partes como tales.

También hay normas derivadas, generalmente se trata de decisiones aprobadas por el Consejo, que por su contenido e implicancias, requieren ser aprobadas por los Congresos (p.e. Dec. CMC 1/98 sobre uso del logo MERCOSUR , Dec. CMC 18/05 "Reglamento del FOCEM").

La Decisión CMC 23/00 se refiere en su artículo 6 a la vigencia de los instrumentos internacionales firmados en el marco del Tratado de Asunción, disponiendo: "*Cuando los Estados Partes suscriban instrumentos sujetos a posterior ratificación y depósito, la vigencia se regirá conforme a lo que cada instrumento establezca, observando los principios consagrados en el Derecho Internacional*". Es decir, que para esos instrumentos internacionales se aplican las reglas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

La norma básica del Derecho Internacional Público sobre entrada en vigor figura en el artículo 24.1 de la Convención: "*Un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en él se disponga o acuerden los Estados negociadores*". (...) El artículo 24.2 establece la regla residual: "*A falta de disposición o acuerdo, el tratado entrará en vigor tan pronto como haya constancia de todos los Estados negociadores en obligarse por el tratado*". Sobre estos aspectos es interesante citar al jurista José Pastor Ridruejo quien sostiene que *"La manifestación del consentimiento de los Estados contratantes en quedar obligados por el tratado no constituye el punto final del proceso de su celebración. Tal momento final es realmente el de la entrada en vigor, a partir de la cual el tratado comienza a obligar a los Estados Partes"*[13].

En la mayoría de los casos los tratados internacionales requieren ser aprobados por el Poder Legislativo de cada país y luego ratificados por el Ejecutivo mediante el dictado de un acto que dispone el depósito del instrumento de ratificación respectivo[14].

En Argentina, Paraguay y Uruguay los respectivos Congresos aprueban los tratados mediante una Ley y luego el Poder Ejecutivo lo ratifica mediante el depósito del respectivo instrumento de ratificación. El procedimiento legislativo es diferente en Brasil: los Tratados son aprobados por el Poder Legislativo, luego el Poder Ejecutivo dicta un Decreto-Legislativo ordenando el depósito del Instrumento de Ratificación (el que obliga a Brasil internacionalmente). Cumplido ello es

[13] Pastor Ridruejo, José "Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales", Tecnos, Madrid, 6ta. edición 1996, p. 136.

[14] El primer instrumento aprobado por el Consejo que requirió aprobación de los Congresos de los Estados Partes fue el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias (Dec. CMC 1/91).

necesario que el Presidente de la República dicte un Decreto de Promulgación que se publica en el Diario Oficial para que el Tratado tenga efectos internos[15].

En general, a los Tratados internacionales adoptados en el ámbito del MERCOSUR por los gobiernos de los Estados Partes, que requieren aprobación legislativa y que además su contenido complementa o modifica el Tratado de Asunción o la legislación vigente en los Estados Partes se los denomina Protocolos. Todos los Protocolos tienen un conjunto de disposiciones finales similares que establecen una interrelación entre ellos.

En este sentido las normas en cuestión disponen que los Protocolos son parte integrante del TA; que la adhesión de un Estado al TA implicará la adhesión *ipso iure* a los Protocolos; que las controversias originadas en virtud de la aplicación, interpretación o incumplimiento de los Protocolos se rigen por el sistema vigente en el MERCOSUR y que Paraguay es el país del MERCOSUR depositario de los Protocolos.

Con ello se afirma la membresía MERCOSUR. Ser parte implica asumir todos los derechos y obligaciones, y en caso de una desvinculación del bloque, ésta deberá hacerse también en forma integral.

b) Incorporación mediante instrumentos suscriptos en el marco de la ALADI

El contenido comercial del Tratado de Asunción fue plasmado en el marco de la ALADI en el Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica (ACE 18)[16]. Ello fue necesario, porque al ser los Estados Partes miembros de la ALADI de no llevarse este contenido al marco jurídico de la ALADI los restantes siete países miembros hubieran podido solicitar al MERCOSUR el trato de nación más favorecida previsto en el artículo 44 del Tratado de Montevideo de 1980 (TM 80) y recibir automáticamente, es decir sin mediar negociaciones, los tratamientos preferenciales que los Estados Partes se otorgaron y recibieron recíprocamente en el Tratado de Asunción.

El ACE 18 es complementado en forma permanente mediante la protocolización de la normativa cuatripartita que así lo requiere, bajo la modalidad de acuerdos de alcance parcial independientes o de protocolos adicionales a acuerdos ya existentes, como en el caso de las normas aprobadas por el Consejo y el GMC relativas al régimen y certificados de origen, zonas francas, entre otros.

Asimismo esta modalidad se utiliza en muchos casos ya que, en el marco de la ALADI, existe el entendimiento que los acuerdos de carácter estrictamente comercial que son protocolizados, no demandan aprobación legislativa por estar previstos en el ámbito del TM80. La mayoría de los acuerdos celebrados en el marco de la ALADI, por su contenido y naturaleza, son tratados en forma simplificada que entran en vigencia con la firma de plenipotenciarios y en la fecha en ellos indicada.[17]

Algunas normas MERCOSUR se formalizaron en la ALADI mediante Acuerdos de Promoción del Comercio, suscriptos al amparo de los artículos 13 y 14 del TM80, como el Acuerdo de Recife para los Controles Integrados en Frontera (Dec. CMC 4/00 y 5/00).

En el caso de la República Argentina mediante el Decreto 415/91 se creó un mecanismo ágil para la incorporación de las normas adoptadas en el ámbito de la ALADI, que permite aplicar

---

15 De acuerdo a lo manifestado por la Delegación de Brasil en la Reunión Técnica de Incorporación de Normas "*para efeitos do disposto no artigo 40 do Protocolo de Ouro Preto, a Secretaria deveria registrar o número e data do Decreto de Promulgação do referido instrumento - que ocorre posteriormente à aprovação do Decreto Legislativo correspondente e ao depósito do instrumento de ratificação*". Acta RTIN, septiembre 2004.

16 El ACE 18 fue suscripto día 29/11/91 coincidiendo con la fecha de entrada en vigencia del Tratado de Asunción.

17 Son suscriptos por los Embajadores de los países miembros acreditados ante la Asociación.

en forma inmediata las concesiones negociadas[18]. Dicho Decreto establece que los acuerdos suscriptos en el marco jurídico de la ALADI entrarán en vigor en las condiciones y en las fechas que en cada uno de ellos se convenga, sin perjuicio de su ulterior publicación en el Boletín Oficial. A los efectos de la aplicación en el territorio argentino de esos acuerdos, la Subsecretaría de Política y Gestión Comercial del Ministerio de Economía y Producción (en el año 1991 le competía a la Subsecretaría de Industria y Comercio) remite a la Administración Nacional de Aduanas una copia de los mismos certificada por la Secretaría de la ALADI y por la Representación Argentina ante la Asociación, sin requerirse ninguna otra formalidad.

En la República Oriental del Uruguay es de aplicación el Decreto 663/85 del 27/11/85, con un alcance similar al argentino, que dispone que los acuerdos celebrados en el marco de la ALADI entrarán en vigencia en la fecha que en ellos se haya establecido. Los instrumentos son remitidos a las dependencias de la Administración Pública por la Representación del Uruguay ante la ALADI previa autenticación efectuada por esa Representación y la Secretaría de la ALADI.

En Brasil y Paraguay los acuerdos suscriptos en el marco de la ALADI se incorporan al orden jurídico nacional mediante la firma de un Decreto Presidencial.

c) Incorporación de la normativa MERCOSUR por actos administrativos

Un número considerable de normas MERCOSUR han sido incorporadas a los ordenamientos nacionales mediante actos administrativos de los Poderes Ejecutivos, procedimiento que no reviste uniformidad en los cuatro países.

En Argentina la normativa MERCOSUR se ha incorporado mediante: i) Decretos del Presidente de la República; ii) Resoluciones del Ministerio de Economía y Producción (MEyP), Ministerio de Salud, Secretaría de Industria y Comercio, Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación, Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CNT), Superintendencia de Seguros de la Nación, Servicio Nacional de Sanidad Animal (SENASA) y el Instituto Argentino de Sanidad y Calidad Vegetal (IASCAV); iii) Resoluciones y Circulares Telegráficas de la Administración Nacional de Aduanas (A.N.A.); iv) Disposiciones de la Administración Nacional de Medicamentos. (ANMAT); y v) Comunicaciones del Banco Central (BCRA).

En Brasil los actos administrativos que incorporan la normativa MERCOSUR pueden ser i) Decretos que son de competencia exclusiva del Presidente de la República; ii) Portarías, muy utilizadas para la incorporación de las normas MERCOSUR, en especial los reglamentos técnicos y normas fitosanitarias. Los principales organismos que las utilizan son el Instituto de Metrología (INMETRO), Ministerio de Agricultura y Abastecimiento (MAA)[19] y el Ministerio de Salud (MS); iii) Instrucciones Normativas, aprobadas por la Secretaría de la Receita Federal, órgano vinculado al Ministerio de Hacienda, para la incorporación de la normativa referente a asuntos aduaneros; iv) Circulares, utilizadas por el Banco Central (BACEN) vinculado al Ministerio de Hacienda, para la incorporación de la normativa MERCOSUR aprobada en el ámbito de su competencia como los controles bancarios y utilización de moneda extranjera; v) Resoluciones, aprobadas en general por órganos de la administración de carácter colegiado como los Consejos Nacionales. Por ejemplo los

[18] Antes del Decreto 415/91, la incorporación al ordenamiento interno de los compromisos asumidos en la ALADI estaba a cargo del Ministerio de Economía y del Ministerio de Relaciones Exteriores (Decreto 101/85), los que mediante resoluciones conjuntas, en las que se vertían todas las concesiones negociadas, ponían en vigencia los tratamientos preferenciales acordados. Este procedimiento insumía un tiempo prolongado, demoraba la aplicación de las concesiones negociadas y dificultó el cumplimiento de las condiciones y fechas pactadas en los acuerdos.

[19] Con anterioridad se denominaba Ministerio de Agricultura, Abastecimiento y Reforma Agraria (MAARA)

reglamentos técnicos sobre vehículos son incorporados a través de Resoluciones del Consejo Nacional de Tránsito (CONTRAN), órgano vinculado al Ministerio de Justicia.

En Paraguay el procedimiento se completa mediante: i) Decretos del Poder Ejecutivo, y ii) Resoluciones Ministeriales o del Banco Central.

En Uruguay las normas se incorporan a través de: i) Decretos del Poder Ejecutivo; ii) Ordenanzas Ministeriales; y iii) Ordenes del Día de la Dirección Nacional de Aduana.

Las Resoluciones y Directivas, que representan a la mayoría de las reglas comerciales operativas se incorporan, generalmente, por vía administrativa.

En síntesis, la normativa MERCOSUR que requiere ser internalizada produce efectos, es decir tiene eficacia cuando se cumplimentan los procedimientos de incorporación en los Estados Partes (aprobación legislativa y ratificación ó dictado de un acto administrativo; publicación y entrada en vigencia).

Publicación de la Normativa MERCOSUR

La publicación oficial es en las legislaciones de los cuatro países un requisito formal y un elemento necesario para completar la vigencia de las normas en los Estados Partes[20].

El POP encomendó a la Secretaría del MERCOSUR la edición del Boletín Oficial del MERCOSUR (BOM), para la publicación de las normas emanadas de los órganos con capacidad decisoria (art. 32 II). Se destaca que la edición del BOM no sustituye la publicación en los medios oficiales de los Estados Partes de las normas MERCOSUR, manteniéndose en vigor la obligación incluida en la Dec. CMC 13/91, que dispone que los Estados Partes dispondrán lo que fuere necesario a fin de que las Decisiones del CMC y las Resoluciones del GMC, así como sus actas, sean publicadas en los diarios oficiales de difusión de cada uno de ellos.

La publicación cuatripartita tiene por objeto coadyuvar en la transparencia y en una mayor difusión del proceso de integración.

No fue ajeno a quienes, en su momento, negociaron el POP que el procedimiento debía ser perfeccionado, pero fue el mejor mecanismo que pudo elaborarse, ya que debía respetarse el ordenamiento nacional de cada país que en algunos casos exige la incorporación y en todos la publicación oficial en los medios nacionales a fin que la normativa MERCOSUR sea obligatoria para los particulares.

4. DIFICULTADES DETECTADAS EN LA APLICACIÓN DEL SISTEMA DE INCORPORACIÓN

El comportamiento de los Estados Partes al aplicar el procedimiento de incorporación, en los casos en que éste resulta necesario, ha originado asimetrías jurídicas cuando una norma es incorporada en algún país pero no en todos.

Ello sucede ya que la práctica en todos los Estados Partes ha sido la de dictar los actos internos para trasponer la normativa MERCOSUR. Una vez publicado el acto nacional esa norma MERCOSUR adquiere vigencia nacional, independientemente del estado de trámite en los otros Estados. Esta conducta no observa exactamente lo establecido en el POP, art 40 iii, cuya finalidad es lograr la vigencia simultánea en todos los países de la norma MERCOSUR.

---

[20] A modo de ejemplo se cita el art. 2 del Cód. Civil argentino establece que "*las leyes no son obligatorias sino después de su publicación y desde el día que ellas determinen*". Disposiciones similares rigen en los demás países.

Esto implica que hay una vigencia nacional y una vigencia MERCOSUR. Esta última se alcanza cuando la norma ha sido incorporada en los cuatro Estados Partes y han transcurrido los 30 días de la comunicación de la SAM indicando que todos han cumplido con la incorporación.

Por lo expuesto, la aplicación del procedimiento de incorporación origina asimetrías jurídicas por:

- falta de simultaneidad en la incorporación (se verifican problemas por un período de tiempo por falta de reciprocidad), y
- falta total de incorporación en uno o más países (existe un claro e insoluble problema de reciprocidad).

Si esta situación se presentara excepcionalmente no generaría distorsiones en el proceso de integración, pero el problema es recurrente y crea dificultades para los administrados y las empresas radicadas en los distintos países del MERCOSUR, ya que pueden quedar sujetas a reglas diferentes según que la norma haya sido incorporada o no.

Algunas empresas y particulares se agravian porque una norma entra en vigencia nacional sin que cuente con vigencia MERCOSUR y esto implica un sistema más gravoso para algunos operadores, si se ven sujetos a diferentes niveles arancelarios, por ejemplo. También, por la incorporación nacional de una norma se pueden otorgar derechos a nacionales de otros Estados Partes, cuando los nacionales del país que sí incorporó la norma no los pueden hacer valer en los que aún no finalizaron el proceso de incorporación de la misma.

A efectos de ilustrar la gravedad de la situación se presenta el último relevamiento de la Secretaría del MERCOSUR, que indica que en el período de 1991 a noviembre 2007 se dictaron 1918 normas (Decisiones del Consejo del Mercado Común, Resoluciones del Grupo Mercado Común y Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR). Algunas de esas normas entraron en vigencia al momento de su aprobación, mientras que 1205 normas debían cumplir con el requisito de incorporación. A la fecha faltan ser incorporadas por algún Estado Parte, es decir no tienen vigencia MERCOSUR, el 49% de estas normas[21].

Consecuencias de la falta de incorporación en el proceso de integración

La falta de incorporación de la normativa MERCOSUR tiene efectos incompatibles con el proceso de integración.

En determinados casos la no incorporación funciona como una restricción de acceso al mercado porque, si bien en el MERCOSUR el libre comercio está acordado, la falta de vigencia de una normativa cuatripartita que reglamente las condiciones en que un producto puede ingresar al mercado de otro Estado Parte, puede traducirse en la aplicación de trabas al comercio recíproco.

Asimismo, genera situaciones de anarquía jurídica ya que muchas normas están vigentes en algunos países (vigencia nacional) y no en todos (vigencia MERCOSUR) y constituyendo una importante fuente de controversias.

El sistema actual de incorporación de las normas MERCOSUR, establecido en el artículo 40 del Protocolo de Ouro Preto, ha dado lugar a uno de los problemas más complejos que afronta el proceso de integración para dar efectividad, en sus respectivos territorios, a la normativa MERCOSUR, provocando graves situaciones de incertidumbre jurídica y de afectación de intereses privados.

[21] Fuente: Secretaría del MERCOSUR. Diciembre 2007

5. POSIBLES SOLUCIONES. APLICACIÓN DIRECTA

Los Estados Partes han reconocido las deficiencias del sistema de incorporación de normas, establecido en el artículo 40 del Protocolo de Ouro Preto. En función de ello, han tomado medidas tendientes a perfeccionar su aplicación.

En 1999 se creó un ámbito para seguir más estrechamente el problema de las internalizaciones: la "Reunión Técnica de Incorporación de la Normativa" donde se identifican las causas –técnicas, administrativas o de otro tipo- que demoran las incorporaciones. La tarea de la Reunión ha logrado únicamente hacer avances parciales.

También se aprobaron normas tendientes a perfeccionar el sistema de incorporación de normas. Entre esas iniciativas se pueden mencionar la aprobación de las Decisiones CMC 23/00[22] y 20/00[23].

En 2003, a iniciativa de Argentina se aprobó una norma (Dec. CMC 7/03) que daba inicio a los análisis para establecer un sistema de aplicación directa en los ordenamientos jurídicos nacionales de la normativa MERCOSUR que no requiera tratamiento legislativo en los Estados Partes. Esta negociación tuvo como resultado la aprobación de la Decisión CMC 22/04, que dispone la adopción por cada Estado Parte de un procedimiento que permita la vigencia inmediata de las normas MERCOSUR mediante su publicación en los Boletines Oficiales Nacionales. Estos procedimientos aún no han sido implementados y se encuentran en estudio en el ámbito del SGT 2 Aspectos Institucionales.

En el 2005, el Consejo creó un Grupo de Alto Nivel (GANRI) para que presente una propuesta integral de Reforma Institucional del MERCOSUR (Dec. CMC 21/05 y 29/06). En ese marco los Estados Partes identificaron como tema prioritario el "Perfeccionamiento del sistema de incorporación, vigencia y aplicación de la normativa del MERCOSUR"[24].

Los esfuerzos mencionados, si bien han mejorado sustancialmente los índices de normas incorporadas, lejos se hallan de haber encontrado una solución integral y efectiva al problema de la incorporación normativa. Las dificultades y demoras en la incorporación de las normas persisten y las asimetrías jurídicas entre los Estados Partes como consecuencia de ello.

En otros esquemas de integración, como el europeo, se entendió que las exigencias fundamentales de igualdad entre los Estados miembros y certeza jurídica para los administrados, requerían que las normas comunes fueran plena y obligatoriamente eficaces y directamente aplicables en todos los Estados miembros.[25]

---

22 La Decisión CMC 23/00 que reglamenta el art. 40 del POP, aclarando principalmente tres puntos:
- la necesidadd de cumplir el mecanismo de notificaciones que estableció el art. 40 del Protocolo de Ouro Preto, para la vigencia simultánea de las normas de los órganos del MERCOSUR (derecho derivado);
- el reconocimiento de que la vigencia de los instrumentos internacionales que celebran entre sí los Estados Partes (derecho originario) se rige por lo que establece cada instrumento; y
- la identificación de los casos en que la normativa MERCOSUR no necesita ser incorporada a los ordenamientos nacionales (cuando se trata de normas relativas a la organización interna del MERCOSUR, o cuando un país ya tiene normas nacionales idénticas a las adoptadas cuatripartitamente en el MERCOSUR)..

23 La Decisión CMC 20/02, establece, entre otras cosas:
- un plazo para que antes de la aprobación de una norma se realicen las consultas internas necesarias que lleven a una agilización de las incorporaciones;
- la obligación de que las normas MERCOSUR sean incorporadas textualmente por la respectiva norma nacional, de manera de asegurar una internalización uniforme.

24 En diciembre de 2007, por Decisión CMC 56/07, se prorrogó el plazo para junio 2008 para que el GANRI presente al CMC una propuesta sobre este tema.

25 El *Artículo 249* del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea establece: "Para el cumplimiento de su misión, el Parlamento Europeo y el Consejo conjuntamente, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas, tomarán decisiones y formularán Recomendaciones o emitirán dictámenes, en las condiciones previstas en el presente Tratado. El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. La decisión será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios. Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes.

En el mismo sentido, la integración andina[26] cuyo ordenamiento jurídico es obligatorio para los países miembros y los particulares, se rige por los principios de aplicación directa y preeminencia frente a la legislación nacional[27], de conformidad con el Acuerdo de Cartagena y el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Algunos juristas han criticado este alejamiento del MERCOSUR de los principios eurocomunitarios relativos a la aplicación directa del derecho derivado en los Estados Partes. Héctor Masnatta, adhiriendo a lo que sostienen otros juristas argentinos, ha señalado: "*el derecho derivado del MERCOSUR no responde a los principios propios de un verdadero derecho de la integración por cuanto no tiene aplicación inmediata o directa.*"[28] *En el mismo sentido, el jurista brasileño y árbitro del Segundo Tribunal del MERCOSUR, Luis Olavo Baptista, se ha preguntado: "O que é o Direito do Mercosul? Comencemos por afastar, desde logo, a idéa falsa de que o Mercosul tem alguma forma de direito comunitário. Isso n-ao ocorreu até hoje. O que ha sao normas de direito internacional público, destinadas a promover a integracao economica de uma regiao, composta por quatro países, e que já alcancou a fase de zona aduaneira, impcompleta embora perfeccionando-se."..."A contrário do que ocorre na Uniao Européia, é bom repetir, -tanta gente há, enganada quanto a este ponto- nao temos princípios gerais de direito comunitário, nem jurisprudencia comunitária. Tudo pela boa razao de que nao há ainda uma comunidade, nem se asotou a via da supranacionalidade do direito do Mercosul* "[29].

Coinciden con esta postura los juristas uruguayos Gonzalo Aguirre Ramírez[30] y Angel Landoni Sosa[31] para quienes el Protocolo del Ouro Preto no ha consagrado las características que singularizan un verdadero derecho comunitario.

La aplicación directa en los Estados Partes de las normas derivadas de los órganos con capacidad decisoria fue propuesta por algunas delegaciones durante las negociaciones preparatorias de la Conferencia Diplomática en la que se suscribió el POP, iniciativa que no prosperó por las limitaciones jurídicas que algunos socios alegaron, con fundamento en su legislación nacional, en algunos casos de jerarquía constitucional. Al respecto el jurista uruguayo Jorge Pérez Otermin[32] refiriéndose a la negociación del POP, señala: "*Pese a los ingentes esfuerzos de la Delegación uruguaya, no se pudo aceptar la aplicación inmediata del derecho derivado en los regímenes nacionales. Brasil argumentó que de acuerdo a su texto constitucional le era imposible aceptar tal particularidad, razón por la cual fue imposible avanzar sobre el tema. (...) En conclusión, los esfuerzos desplegados por la Delegación uruguaya en las negociaciones con el fin de lograr la aplicación inmediata de las normas derivadas de los órganos del MERCOSUR, en el convencimiento de que ello sería la mejor forma de garantizar la igualdad entre las partes y dar la mayor seguridad jurídica interna y externa al Mercado Común, resultaron infructuosas frente a la imposibilidad constitucional aducida por Brasil, y la posición asumida por las delegaciones restantes".*

Ahora bien, a que nos referimos cuando hablamos de aplicación directa?

---

26 En la Comunidad Andina, la aplicación directa del derecho comunitario se deriva tanto de la norma positiva como de la jurisprudencia. El artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal expresa que "Las Decisiones de la Comisión serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior". El artículo 2 del mismo cuerpo legal establece que "las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por la Comisión". El inciso segundo del artículo 3, antes indicado, manifiesta que "cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro".

27 Este principio de primacía de las normas comunitarias permite que los Países Miembros no puedan alegar normas de su derecho interno para dejar de cumplir sus obligaciones adquiridas en el marco del proceso de integración.

28 Masnatta, Héctor: Tratados Internacionales de Integración Económica, Academia Nacional de Ciencias de la Empresa, Buenos Aires, 2001, p. 22.)

29 Baptista, Luis Olavo: "Aplica-cao das normas do Mercosul no Brasil". Revista de Derecho del MERCOSUR. Nº 4, Agosto de 2000, Buenos Aires, pág. 28 y 30-31.

30 Aguirre Ramírez, Gonzalo, "Integración: Nueva Realidad Regional y Mundial. Su incidencia en el Derecho Constitucional", en Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario del MERCOSUR, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, marzo 1997, p. 34 y ss

31 Landoni Sosa, Angel, "La Armonización de las Normas Procesales en el MERCOSUR", La Ley, boletín del 1 de julio de 1998, p. 2, Buenos Aires.

32 Pérez Otermin, Jorge: El Mercado Común del Sur. Desde Asunción a Ouro Preto. Aspectos Jurídicos-Institucionales, Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, p. 101 y 106).

El artículo 189 (hoy art. 249) del Tratado de Roma declara a los Reglamentos obligatorios en todas sus partes y directamente aplicables en los Estados Miembros. La aplicabilidad inmediata o directa implica que, una vez adoptadas por los órganos comunitarios competentes y publicadas en el boletín oficial comunitario, las normas se aplican en el ordenamiento jurídico interno de cada miembro, sin necesidad de previa aprobación, incorporación o transposición por parte de órgano estatal alguno[33]. En tal sentido, el profesor Gil Carlos Rodríguez Iglesias, del Tribunal de las Comunidades Europeas, define la aplicabilidad directa de la norma comunitaria "*como la capacidad de la misma para producir efectos jurídicos en un País Miembro sin que se requiera ningún complemento normativo de derecho interno*".[34]

La doctrina sobre el derecho europeo ha señalado los significados diferentes de las expresiones "aplicación directa" "inmediata" y "efecto directo". Una norma comunitaria puede considerarse directamente aplicable cuando se integra al derecho interno sin necesidad de acto formal de incorporación. Es el caso de los reglamentos del actual art. 249 del Tratado de Roma.

El Tribunal europeo ha sostenido siempre que las normas comunitarias de aplicabilidad directa no requieren actos de transposición a la legislación doméstica. Es más, ha considerado erróneo, y peligroso, que los Estados Miembros "incorporen" a sus ordenamientos internos los reglamentos, porque ello podría oscurecer su status dentro del Derecho Comunitario.

El principio de la aplicabilidad directa es reconocida a partir de la sentencia Van Gend & Loos, 1963, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y precisado en la sentencia Simmenthal, 1978, en la que se sostuvo que la aplicabilidad directa *"...significa que las reglas del derecho comunitario deben desplegar la plenitud de sus efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de su entrada en vigor y durante toda la duración de su validez; que de esta manera, estas disposiciones son una fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquellos a quienes afectan, ya se trate de Estados miembros o de particulares que son parte en relaciones jurídicas que entran en el ámbito del derecho comunitario..."*.

Mientras que el principio de la aplicación directa se refiere a la norma como tal, el del efecto directo se relaciona con las acciones que los sujetos beneficiarios pueden ejercer para la debida aplicación de la norma comunitaria. En otras palabras, que sus efectos generan derechos y obligaciones para los particulares permitiendo la posibilidad de que aquellos puedan exigir directamente su observancia ante sus respectivos tribunales. Esa es justamente la consecuencia práctica, los privados pueden hacer valer esos derechos contra los Estados Miembros en los tribunales nacionales. La expresión efecto directo tiene afinidad con lo que en derecho internacional convencional se reconoce como autoejecutorio (selfexecuting)[35].

Lecourt, ex Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, definió este principio, diciendo que "*es el derecho de cualquier persona pedir al Juez la aplicación de los Tratados, los Reglamentos, las Directivas o las Decisiones comunitarias, es la obligación del Juez hacer uso de esa norma cualquiera que sea la legislación del País al que pertenece. Es el respeto de ese derecho y de esa obligación no sólo*

---

33 Conf. los Doctores Emilio Cárdenas y Guillermo Tempesta, quienes señalan que "en *la Unión Europea, las normas comunitarias, una vez adoptadas por los organos supranacionales, y publicadas en el Boletín Oficial comunitario, ingresan directamente en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado Miembro, sin necesidad de previa aprobación, incorporación o tranformación por parte de órgano estatal alguno. Es decir, tienen una vigencia inmediata en el orden interno de los Estados Parte33.* CARDENAS, Emilio – TEMPESTA , Guillermo; *El laudo sobre dumping intrazona en el Mercosur,* LA LEY, Revista de Derecho Internacional y del Mercosur, Año 5 – Número 6. pág. 118.

34 *Rojas Arroyo, Santiago* "Existencia y efectividad de las instituciones supranacionales andinas" en http://www.eclac.org/brasil/noticias/paginas/2/22962/ROJAS-EXISTENCIA%20Y%20EFECTIVIDAD%20INSTITUCIONES%20SUPRANACIONALES.pdf, pag. 14.

35 En el mismo sentido, los Doctores Emilio Cárdenas y Guillermo Tempesta, señalan que "*El efecto directo se relaciona con el carácter operativo de la norma (originaria o derivada) que ya es aplicable (está vigente) en el ordenamiento, en cuanto creadora de derechos para los particulares que pueden hacerlos valer, recurriendo, incluso ante la justicia. En suma, la "aplicabilidad inmediata" se relaciona con el problema de los modos de incorporación y al vigencia del derecho internacional en el derecho interno (…) Por su parte el efecto directo es una cuestión que se presenta "ex post": se trata de saber si la norma ya vigente tiene efectos sobre los particulares (creo derechos), o sea, es operativa; o si, por el contrario, no es portadora de tal característica, siendo, entonces de naturaleza programática". Op. Cit.*

en las relaciones de los particulares entre sí, sino también en las relaciones entre los particulares y el Estado miembro del que son ciudadanos"[36].

Profundizando en el concepto de efecto directo puede decirse que las disposiciones comunitarias tienen efecto directo vertical cuando crean derechos para los administrados frente a los Estados, y efecto directo horizontal cuando generan derechos y obligaciones invocables entre particulares.

Por último, cabe señalar que el efecto directo determina la efectividad real de las normas comunes. Si los particulares tienen acceso a los derechos que garantiza el ordenamiento comunitario por la principal vía disponible para ellos (es decir, las administraciones y tribunales locales), y si encuentran soluciones disponibles en esos foros, la finalidad y objetivos de las regulaciones comunes se verán cumplidos.

En el MERCOSUR, al ser los órganos decisorios de carácter intergubernamental, las normas son aprobadas por los representantes de los Estados Partes mediante el sistema de adopción de decisiones por consenso. Por lo tanto no parecería necesario –al menos en el caso de las normas que son de la competencia de los respectivos Poderes Ejecutivos- exigir que ellas deban ser incorporadas cuando han sido adoptadas por la voluntad de los Estados, manifestada por sus funcionarios en el ámbito de órganos a los que se les otorgó facultades normativas en un instrumento internacional aprobado por los Congresos.

El establecimiento de un procedimiento de esa naturaleza para las normas que no requieran tratamiento legislativo en los Estados Partes permitiría:

- afianzar la seguridad jurídica del proceso de integración,
- otorgar a los administrados de los cuatro Estados Partes el mismo trato respecto de sus derechos y obligaciones en el mercado ampliado
- asegurar la reciprocidad de derechos y obligaciones entre los Estados Partes;
- permitir un conocimiento acabado de la realidad jurídica del MERCOSUR y de los compromisos en vigencia;
- dar mayor certeza y previsibilidad para las inversiones externas;
- eliminar los trámites internos evitando diferencias, dentro de las administraciones nacionales, sobre la modalidad de incorporación y respecto de las modificaciones necesarias en la legislación nacional para poner en vigencia la norma MERCOSUR.
- fortalecer el proceso previo de discusión a la aprobación de las normas, porque los negociadores tendrán en cuenta que una vez adoptadas, esas normas serán directamente exigibles.

6. ANÁLISIS DE LAS CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS PARTES DEL MERCOSUR

Resulta menester analizar a esta altura del trabajo el tratamiento otorgado en las Constituciones Nacionales de los Estados Partes a los tratados de integración y a la normativa de ellos derivada, en relación a su recepción en el ordenamiento interno y a la prevalencia o jerarquía de dichas normas con respecto a las nacionales de los países integrantes del esquema de integración.

Se trata en el caso de analizar la relación entre las normas del MERCOSUR y los respectivos derechos internos de los Estados Partes, a la luz de las disposiciones de sus textos constitucionales. De este análisis se pueden extraer conclusiones sobre si las respectivas

[36] Dámaso Ruiz-Jarabo, "El Juez Nacional como Juez Comunitario", pág. 53

Constituciones *"se constituyen en un elemento dinamizador del proceso, o en un obstáculo a la evolución de la integración"*[37].

Ante todo corresponde advertir que las Constituciones Nacionales de los Estados Partes prevalecen, en todos los casos, por sobre cualquier Tratado Internacional, inclusive aquellos mediante los que se establecen procesos de integración; el aspecto que corresponde analizar entonces, es el relativo a la jerarquía de las normas de derecho originario y derivado del proceso de integración con relación a las leyes nacionales.

República Argentina

En Argentina, a partir de la reforma constitucional de 1994, se reconoce que "*Los tratados internacionales celebrados con otras naciones o con organismos internacionales y los concordatos con la Santa Sede, tienen jerarquía superior a las leyes*"(art. 75, inc. 22 primer párrafo). Asimismo, se estableció expresamente la posibilidad de "*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" (artículo 75 inc. 24 CNA)

El efecto de las cláusulas transcriptas no es otro que el de colocar a los Tratados internacionales y, expresamente a los de Integración, un escalón debajo de la Constitución Nacional, pero sobre las leyes nacionales. Es sabido que la Constitución ratificó este principio que había sido reconocido previamente por la jurisprudencia argentina derivada de los casos "Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros (LA LEY, 1992-C543), "Servini de Cubría, María s. amparo" (LA LEY, 1992-D111) y "Fibraca Constructora S.C.A. c. Comisión Técnica de Salto Grande" [38].

Conforme a tal principio de primacía de los Tratados de Integración sobre las leyes nacionales, nunca podrá una ley posterior derogar un tratado ni tampoco podrá oponerse a un tratado una norma nacional anterior que resulte contraria a lo dispuesto en el Tratado.

La Constitución argentina al establecer por un lado que las normas dictadas en consecuencia de Tratados de Integración, en condiciones de reciprocidad e igualdad, con respeto del orden democrático y de los derechos humanos poseen jerarquía superior a las leyes comunes y por el otro, la posibilidad de delegar competencia y jurisdicción en órganos supraestatales, demuestra la voluntad de este país de ser parte de un proceso evolucionado de integración.

En consecuencia, el Tratado de Asunción y los Acuerdos dictados en su marco gozan de una jerarquía superior a las leyes, de manera tal que nunca podrían ser modificados por una norma (ley) nacional posterior.

Sobre este aspecto tan relevante el Dr. Antonio Boggiano, ex Miembro de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, destaca que del art. 75 inciso 24 de la nueva Constitución se desprende que la Argentina ya había tomado al reformar la Constitución, el compromiso previsto en el art. 38 del POP. Subraya además que, "*los objetivos del Tratado de Asunción no pueden cumplirse adecuadamente, sin la observancia de todos los operadores económicos y no sólo los Estados miembros. Este derecho del MERCOSUR genera también derechos para los operadores que*

---

[37] Ruiz Díaz Labrano, Roberto; *La integración y las constituciones nacionales de los Estados Parte del MERCOSUR,* en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano – Edición 1999 Konrad Adenauer, pág 65.

[38] Al criterio amplio del fallo Edmekjian donde se había dicho que el derecho convencional internacional primaba sobre el nacional, este fallo agrega la necesidad de asegurar los principios de derecho público constitucionales. Se vuelve a citar en este caso el artículo 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados que establece que "*una parte no podrá invocar disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado*", pero impone a los órganos del Estado asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con una norma interna, una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales.

pueden oponerlos a los Estados Miembros". Y agrega, "l*a importancia de la aplicación directa tal como fue concebida en la sentencia Ekmemdjian v. Sofovich del 7 de junio de 1992 por la Corte argentina, radica en conferir a los particulares el derecho propio de hacer valer las normas comunitarias ante los jueces nacionales que tienen la obligación de aplicarlas en los casos sometidos a su jurisdicción interna e internacional. Y así la tutela directa por los particulares, de los derechos que les confiere el derecho comunitario, constituye desde ya un control preventivo eficaz. De aquí también se deduce que la profundización del derecho del MERCOSUR llega hasta la necesaria aplicación de sus normas por los jueces nacionales. He aquí el MERCOSUR de los jueces*" [39].

República Federativa del Brasil

Con respecto a Brasil, la Constitución de 1988 no contempla prescripciones claras que permitan vislumbrar la decisión de dicho país de operativizar procesos de integración evolucionados, debido a que la misma no prevé la posibilidad de delegar competencias en órganos supranacionales ni establece una jerarquía superior a los Tratados de Integración con respecto a las leyes nacionales.

Sin embargo, adhiriendo en parte a las nuevas corrientes en materia de integración, se incluyó en el texto constitucional la siguiente disposición: *"La República Federativa del Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, buscando la formación de una Comunidad Latinoamericana de Naciones"* (artículo 4 –parágrafo único).

En Brasil, los tratados internacionales pasan a integrar la legislación nacional si son aprobados por el Poder Legislativo y promulgados por Decreto del Presidente de la República (arts. 49 I[40] y 84 IV[41] de la Constitución Federal respectivamente).

Asimismo, de la lectura del texto constitucional brasileño surge que los tratados poseen jerarquía equiparada a la ley federal (línea "a" del inciso III del art. 105[42]), sujetos por lo tanto, al control de constitucionalidad (línea "b" del inciso III del art. 102[43]), es decir que su nivel jerárquico es inferior al de la Constitución.[44]

En tal sentido, la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal desde finales de los años setenta, se inclinó en favor de la posición que equipara jurídicamente el tratado internacional a la ley ordinaria[45]. Dicho Tribunal consideró que ante la ausencia de una norma constitucional que

---

39 BOGGIANO, Antonio. "Teoría del derecho Internacional", Las relaciones entre los Ordenamientos Jurídicos, Ius Inter Iura, Apéndice Jurisprudencia de la Corte Suprema, La Ley, Fondo Editorial de Derecho y Economía, Buenos Aires, 1996. pág. 90.

40 El Art. 49 establece que: "É da competência exclusiva do Congresso Nacional:[RTF bookmark start: BM49I][RTF bookmark end: BM49I] I) resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional...". La aprobación parlamentaria se da mediante Decreto Legislativo, instrumento normativo por el cual el Congreso delibera sobre materias de su competencia.

41 El Art. 84 dispone que "Compete privativamente ao Presidente da República: "...IV) sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução..."

42 De acuerdo al Art. 105 "Compete ao Superior Tribunal de Justiça: ...III.- julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais do Estado, do Distrito Federal e dos Territórios, quando a decisao recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal ou negar-lhes vigência..."

43 El Art. 102 dispone que "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: ...III.- julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: ...b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal..."

44 El Supremo Tribunal Federal ante la Convención nro. 110 de la Organización Internacional del Trabajo, aprobada por Decreto Legislativo nro. 33/64 y promulgada por Decreto 58.826/66 expresó: "Las reglas acogidas en Tratado o Convención, ratificadas por fuerza de precepto constitucional (art.66, inc. I de la Constitución de 1946) pasan a integrar la legislación interna y, en principio, deben cumplirse en su integridad. En principio, porque a pesar de ser originarias de instrumento internacional que haya merecido ratificación, no tienen validez en la órbita interna si confrontan precepto de la Ley Magna. Si por un lado compete al Poder Legislativo saber de Convención Internacional para que se transforme en ley (art.66, I, de la Constitución Federal de 1946 y art. 44, I, de la Constitución Federal de 1988) por otro lado es irrecusable la competencia del Poder Judicial para pronunciarse respecto de la constitucionalidad de las leyes (art. 119 "I", letra "b", de la Constitución Federal). Están, de esa manera, sujetas al control jurídico."

45 Recurso extraordinario Nº 80.004 - SE (Tribunal Pleno), 1977 (R.T.J. 83, p. 809-48).

atribuya prevalencia al tratado internacional sobre la ley interna, debe darse valor a la norma que fuera dictada con posterioridad.

De esta manera un tratado puede ser revocado por una ley posterior independientemente de continuar el país obligado a cumplirlo en la esfera internacional por no haberlo denunciado.

En el ordenamiento jurídico brasileño, las decisiones acordadas en el MERCOSUR no gozan de una jerarquía superior a las leyes, recibiendo el mismo tratamiento otorgado a los demás tratados internacionales.

En este sentido, el sistema constitucional brasileño equipara el Tratado de Asunción desde el punto de vista jurídico, a la generalidad de tratados internacionales, teniendo su contenido en virtud de la jurisprudencia, fuerza equivalente a las leyes ordinarias, pudiendo aplicarse a esta situación el principio *"ley posterior deroga ley anterior"*, es decir que podría ser modificado por una ley nacional posterior.

A efectos de unificar el tratamiento otorgado a las normas MERCOSUR en los cuatro Estados Partes y brindar la necesaria seguridad jurídica al esquema de integración, resultaría necesaria una enmienda constitucional que, en base a la disposición programática contenida en el parágrafo 4 de la Constitución, establezca una modificación al artículo 49, inciso I que regula la aprobación de los tratados internacionales por parte del Congreso Nacional, de modo de otorgar un tratamiento diferenciado y más ágil a las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR y sometidas a aprobación parlamentaria.

La asimetría que se produce en el tratamiento otorgado por Brasil a las normas MERCOSUR, vulnera el principio de reciprocidad de derechos y obligaciones entre los Estados Partes consagrado en el artículo 2 del Tratado de Asunción y trae como consecuencia un agravamiento de la inseguridad jurídica ya que los acuerdos alcanzados en el ámbito del MERCOSUR podrían, en el caso brasileño, ser dejados de lado sin necesidad de un procedimiento parlamentario distinto del de una ley ordinaria.

Resulta importante destacar, como precedente, la existencia en el Congreso brasileño de la Propuesta de Enmienda Constitucional Nro. 4, de 1998, que proponía incluir un párrafo al actual artículo 59, que establecía que "*Los tratados... y otros actos internacionales, cuando fueran aprobados por tres quintos de los miembros de cada Casa del Congreso Nacional, tendrán jerarquía superior a las leyes, respetando conforme el caso, el principio de reciprocidad.*"

Al comentar la situación asimétrica del tratamiento que la Constitución brasileña otorga a los Tratados Internacionales (tales como el de Asunción) comparando con el de las constitucionales nacionales de otros países del MERCOSUR, el jurista de esa nacionalidad Carlos Eduardo Caputo Bastos reflexiona: "*Además, dígase que la hipótesis no se extingue en la posibilidad del Congreso Nacional disciplinar legislativamente en contrario de los establecido en cualquier tratado ratificado, sino y principalmente, por la concreta posibilidad del control de constitucionalidad venir a ser ejercido, …, a través de la acción directa de inconstitucionalidad o frente a la acción declaratoria de constitucionalidad. En otras, palabras, y sin que se pueda atribuir cualquier responsabilidad del punto de vista constitucional, caso permanezca la reglamentación actual, donde el tratado no tiene jerarquía constitucional y no hay norma de conflicto (tratado vs ley), el pacto MERCOSUR puede venir a desintegrarse, por falta de simetría entre las constituciones de los países que lo componen, frustrándose deseadas y justificadas expectativas*"[46]

Es indudable que si se lograse una norma constitucional brasileña que reconozca a la legislación elaborada por los órganos del MERCOSUR supremacía sobre la legislación ordinaria interna, parte de las cuestiones relacionadas con las necesidades de una mayor seguridad jurídica del MERCOSUR podrían ser resueltas más fácilmente.

---

[46] Caputo Bastos, Carlos Eduardo, *Jerarquía Constitucional de los Tratados;* Brasília, 19 de septiembre de 1996.

República del Paraguay

El artículo 145 de la Constitución de Paraguay ("Del orden jurídico supranacional") establece que "*La República del Paraguay en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural*".

La Constitución de Paraguay, sancionada en junio de 1992 "*es de la mayor amplitud, ya que contempla expresamente la posibilidad de integrar órganos de carácter supranacional, admitiendo la existencia de un ordenamiento jurídico de naturaleza supranacional. De este modo, implícitamente, señala la posibilidad de ser parte de órganos supranacionales o supraestatales*"[47]

Esta Carta Magna, al igual que la de Argentina, contempla la prevalencia o primacía de los Tratados Internacionales sobre las leyes comunes, ubicándolos por debajo de la Constitución. El Artículo 141 de la Constitución establece que los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno, estableciendo asimismo que en la jerarquía normativa interna, un tratado se ubica en forma inmediata posterior a la Constitución Nacional.

De todo lo expuesto, no cabe duda sobre la postura prointegracionista de la Constitución paraguaya, tal como reconoce el jurista de esa nacionalidad, Roberto Ruiz Díaz Labrano al expresar que "*el Paraguay, en la Constitución de 1992, estableció una serie de disposiciones que demuestran el interés de los constituyentes de apoyar los procesos de integración y de aceptación de un orden internacional. En el mismo preámbulo señala que el pueblo paraguayo ratifica la soberanía e independencia nacionales pero integrado a la comunidad internacional*"[48].

República Oriental del Uruguay

En cuanto a la República Oriental del Uruguay, la situación de las normas MERCOSUR y su jerarquía con relación a las normas nacionales, a la luz de lo dispuesto en su carta Magna, no difiere fundamentalmente de la de Brasil.

En efecto, la Constitución de la República Oriental del Uruguay, vigente desde 1966 y cuya última reforma fuera realizada en 1997, no contiene norma alguna que establezca un orden de prelación entre las leyes y los tratados. Tampoco prevé la transferencia de ciertos atributos de soberanía a órganos comunitarios.

Sin embargo, establece en su artículo 6 que *"La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas"*.

En relación al alcance de este artículo, el Dr. Jorge Perez Otermín cita al Dr. Paolillo que señala. "*esta regla programática que determina la acción política del estado encausándola para lograr la integración económica y social con América Latina, puede ser utilizada como fundamento jurídico de todas aquellas obligaciones asumidas por la República dentro del orden comunitario, siempre que ésta no implique una violación patente de otras disposiciones constitucionales concretas y facilita, sin lugar a dudas una interpretación flexible de la Carta Fundamental, que permita, en la medida de lo posible, la adaptación de las normas internas al derecho de la comunidad*"[49]

Pero no toda la doctrina de este país considera la prescripción incluida en su Constitución lo suficientemente "flexible" respecto a la jerarquía de las normas derivadas del MERCOSUR en relación con sus propias leyes nacionales; por ejemplo, Herbert Arbuet Vignali comenta sobre

[47] Ruiz Díaz Labrano, Roberto, *op cit*. pág. 66.

[48] Ruiz Díaz Labrano, Roberto, *op cit*. pág. 65

[49] Perez Otermín, Jorge; *EL Mercado Común del Sur Desde Asunción a Ouro Preto*, FCU, pág. 114.

este tema que: *"Evidentemente la manera más fácil y directa de impedir posibles conflictos entre el ordenamiento jurídico supranacional y el ordenamiento constitucional, es proceder a la reforma de la constitución, de tal forma que autorice a los órganos internos competentes, a asumir los compromisos de la integración"*[50]

En definitiva, la frase del artículo 6 de la Constitución de Uruguay no soluciona los problemas que podrían derivarse de un conflicto entre una norma emanada de los órganos del MERCOSUR y una ley nacional. En este país, al igual que lo que sucede en Brasil, un conflicto entre dos normas (una MERCOSUR y una nacional) será resuelto por el principio jurídico de *"ley posterior"*. Ello tiñe de inseguridad jurídica las normas MERCOSUR, que siendo adoptadas por consenso de cuatro Estados Partes, podrían ser ulteriormente modificadas con el mero dictado de una norma nacional posterior, precisamente porque ambas gozan en el derecho uruguayo de igual jerarquía. Esta situación vulneraría también el principio establecido en el artículo 2 del Tratado de Asunción que determina que las relaciones entre los Estados Partes deben estar basadas en la reciprocidad de derechos y obligaciones.

En conclusión, si bien existen asimetrías constitucionales entre los países del MERCOSUR, éstas no parecerían insuperables respecto de la posibilidad de adoptar un mecanismo de aplicación directa de las normas MERCOSUR.

En Argentina, la Constitución prevé la posibilidad de reconocer primacía sobre las leyes, a las normas dictadas en consecuencia de un tratado de integración, siempre que se respete la condición de igualdad y reciprocidad por parte de los demás países socios. De la misma manera, la Constitución de Paraguay admite, en condiciones de igualdad con los otros Estados, la existencia de un "*orden jurídico supranacional*".

Si bien la Constitución de Uruguay, no incluye previsiones similares a las de Argentina y Paraguay, se estima que un compromiso de aplicación directa establecido en un tratado, especialmente si se limita esa aplicación directa a actos dependientes de los poderes ejecutivos, no requeriría modificaciones constitucionales para su adopción.

Si bien la doctrina uruguaya está dividida en cuanto a la posible adopción de un mecanismo de aplicación directa de la normativa MERCOSUR, vale la pena mencionar la opinión del jurista uruguayo, Pérez Otermin, quien al referirse al procedimiento que ese país utiliza para adoptar las normas plasmadas en los acuerdos suscriptos en el marco de la ALADI, reflexiona: *"Haciendo un paralelismo entonces entre los AAP y las Decisiones y Resoluciones del Tratado de Asunción, ¿porqué concluir que éstas no pueden tener una aplicación inmediata en nuestro orden jurídico interno, si en la forma y en la sustancia no difieren de los AAP? ¿qué son las Decisiones y Resoluciones sino acuerdos entre representantes de los Estados, dentro del marco de un Tratado original aprobado por el Parlamento? ¿Porqué encontrar impedimentos constitucionales a situaciones similares a otras en las cuales dichos impedimentos no fueron advertidos?"*[51].

Se ha sostenido que es Brasil el país que tiene las mayores dificultades para comprometerse en algún sistema de incorporación directa. Sin embargo, hay opiniones y estudios en el campo académico que destacan la posibilidad de concretar cambios. Estos cambios podrían convalidarse mediante la firma de un instrumento que revista la jerarquía de un tratado internacional a ser aprobado por los Congresos.

En el caso que en Brasil se plantearan impedimentos originados en las cláusulas constitucionales, una alternativa segura sería la aprobación de una Enmienda Constitucional. En tal sentido, es interesante consignar la propuesta de la Doctora María Claudia Drummond[52], consultora brasileña de la Comisión Parlamentaria Conjunta del MERCOSUR, quien ha sugerido:

---

50 Ruiz Díaz Labrano, Roberto, *op cit.* pág. 74.

51 Perez Otermín, Jorge; *op cit,* pág 113 y 115

52 Drummond, María Claudia: "*O Mercosul hoje: crise e perspectivas"*, en el libro publicado por Itamaraty "Grupo de Reflexão prospectiva sobre Mercosul, Brasilia, 2000.

a) incluir la normativa del MERCOSUR en la enumeración de la tipología legal del art. 59 de la Constitución Federal, distinguiéndola de los instrumentos internacionales que no se refieren a integración; y
b) modificar el numeral I del art. 49 de la Constitución – que marca la competencia exclusiva del Congreso en materia de acuerdos internacionales – para establecer un procedimiento diferenciado, y más ágil, para la aprobación de normas emitidas por los órganos del MERCOSUR, cuando ellas requieren pasar por el Legislativo.

CONCLUSIONES

La experiencia de dieciséis años y la costumbre MERCOSUR han demostrado que el sistema de vigencia de la normativa derivada, a través de la vía de la incorporación casuística, ha fracasado y no ha resultado operativo. La forma más efectiva para superar este problema sería diseñar y concretar un cambio sustancial, modificando las reglas existentes.

El MERCOSUR requiere una solución de fondo que deberá ser encarada con la seriedad que el tema amerita dada la importancia que tiene para el proceso de integración contar con un ordenamiento jurídico eficaz, que garantice la igualdad de derechos y obligaciones de todos los Estados Partes y de sus ciudadanos.

Estamos convencidas de que la adopción de un mecanismo que permita la vigencia inmediata y la aplicación directa de las normas MERCOSUR que no requieran aprobación legislativa, daría una solución integral al problema de la incorporación de la normativa y se constituiría en un salto cualitativo respecto a la calidad institucional y la seguridad jurídica en el MERCOSUR.

Somos concientes que dichos trabajos deberán ser encausados como un proceso gradual que permita ir verificando la eficacia del procedimiento y la posibilidad de ir ampliando su alcance.

De mantenerse la voluntad de los países de profundizar el MERCOSUR y avanzar en el cumplimiento de los objetivos plasmados en el Tratado de Asunción, sin dudas la aplicación directa de las normas comunes será un desafío que deberá ser afrontado próximamente.

BIBLIOGRAFÍA:

ACCIOLY, Beatriz. "Mercosul & União Européia, Estrutura Jurídico-Institucional", Editorial Juruá, Curitiba, República Federativa del Brasil, 1996.

ALTERINI, Atilio Aníbal y BOLDORINI, María Cristina: "El sistema Jurídico en el MERCOSUR, Estructura General, Instrumentos Fundacionales y Complementarios", Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2 de marzo de 1994.

ARREDONDO, Ricardo: "Algunas precisiones sobre los Acuerdos de Alcance Parcial *vis a vis* la incorporación de la normativa Mercosur y los efectos de la protocolización en ALADI" en "Revista de Derecho del MERCOSUR y de la Integración", N° 2, Abril 2003. pág. 77.

BERMANN, G. "*Cases and materials on European Community Law".* Westpubüshing Co. St. Paul, 1993, páginas 166, 180 y 192.

BOLDORINI, María Cristina y CZAR DE ZALDUENDO, Susana, "La estructura jurídico-institucional del MERCOSUR después del Protocolo de Ouro Preto", en Boletín Informativo Techint N° 283, julio - septiembre de 1995.

CARDENAS, Emilio – TEMPESTA, Guillermo; "El laudo sobre dumping intrazona en el MERCOSUR", publicado en Revista de Derecho Internacional y del MERCOSUR, Ed. La Ley, año 5 – N° 6, pág. 110.

CAPUTO BASTOS, Carlos Eduardo; "Jerarquía Constitucional de los Tratados"; Brasilia-DF 19 de septiembre de 1996.

CASSAGNE, Juan Carlos; "El MERCOSUR y las relaciones con el derecho interno", La Ley, 1995-C, Buenos Aires, 1 de julio de 1995.

COLAUTTI, Carlos, "Los tratados internacionales y la Constitución Nacional", Edit. La Ley, Buenos Aires, 1999, Capítulo X, pág. 115/122.

FONTOURA, Jorge, "Asimetrías constitucionales en el MERCOSUR", en "Revista de Derecho Internacional y del MERCOSUR", año 8 - N° 5, Edit. La Ley, Buenos Aires, 2004 pág. 43.

GALEANO PERRONE, Carlos: "Ordenamiento Jurídico del MERCOSUR". Intercontinental Editora, Asunción, junio de 1995.

GUTIERREZ POSSE, Hortensia; "El derecho internacional en la Constitución Nacional", en Estudios sobre la reforma constitucional de 1994, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", Buenos Aires, 1995, pág. 261.

JIMENEZ de ARECHAGA, Eduardo: "El Derecho Internacional Contemporáneo". Colección de Ciencias Sociales, Serie de Relaciones Internacionales, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1980

MASNATTA, Héctor; "Tratados Internacionales de Integración Económica", Héctor Masnatta Editor, 2001.

PEREZ OTERMIN, Jorge; "El Mercado Común del Sur. Desde Asunción a Ouro Preto. Aspectos Jurídico –Institucionales", Fundación de Cultura Universitaria, 1ª Edición, Montevideo, abril de 1995.

RUIZ DIAZ LABRANO, Roberto; "La integración y las constituciones nacionales de los Estados Parte del MERCOSUR", en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 1999, Ed. Konrad Adenauer, 1999

RUIZ DIAZ LABRANO, Roberto: "El MERCOSUR, marco jurídico institucional, análisis y perspectivas de sus normas derivadas", Investigación de la Universidad Nacional de Asunción, Intercontinental Editora, Asunción, Paraguay, Octubre de 1993.

Órgano Jurisdiccional Supranacional

Oscar B. Llanes Torres*

El título fue extraído del libro Mercosur - Unión Europea, compilado y organizado por Roberto Ruiz Díaz Labrano, publicado por la Editora Intercontinental, el ensayo de referencia es de autoría del Profesor Doctor Bonifacio Ríos Ávalos. Es característica del derecho comunitario profundizar el estudio de los principios científicos y la elaboración de normas comunitarias, cuya aplicación estará a cargo de los Estados nacionales y de los órganos comunitarios. Siguiendo el razonamiento de Bonifacio Ríos Ávalos, el derecho comunitario tiene como objeto la uniformidad de las normas y la transferencia de competencia de los Estados nacionales a órganos de la sociedad regional u organismos supranacionales que, inevitablemente limitan responsabilidades originarias de los Estados componentes. Cuando nos referimos a un derecho, estamos atribuyendo la expresión como sinónimo de normas juritas con carácter obligatorio, cuya efectividad dependerá de la relación creada y la sanción que impondrán los órganos de aplicación para los casos de violaciones imperativas.

La fórmula citada por Bonifacio Ríos Ávalos: norma + hecho + imputación y sanción, es la trilogía de la eficacia del derecho y en el caso especial del derecho comunitario, que posee estructura propia, principios nuevos, técnicas innovadoras, orden jurídico englobado en el concepto de soberanía, con restos conceptuales de otras épocas con individualismos. El concepto de soberanía en franco declinio se ha desplazado del Estado al pueblo, y de éste, a un orden jurídico regional o subregional. La soberanía ya no constituye un obstáculo para el derecho comunitario por la innovación del concepto y el nuevo sujeto titular de este derecho en el mundo moderno, las ideologías responden con más eficacia en las relaciones entre los estados, que el sentimiento nacional de soberanía.

Las ideologías contemporáneas bajo la emblemática figura de la solidaridad de los hombres y los estados, terminan reuniéndolos en un vinculo de conciencia mucho más estrecho que el lazo de nacionalidad. Fernando de Magalhaes Furlan, afirma que mucha veces, en nuestro tiempo, individuos de estados distintos actúan con más comprensión y entendimiento, basados en convicciones políticas idénticas, superando al motivo de orden nacional. Existen doctrinadores como Karl Strupp, que recuerda la necesidad de eliminar del derecho internacional la noción clásica de soberanía.

Para el suscrito, que ya afirmara en su libro "Derecho Internacional Público" 1978, Editora Horizonte, Brasil, cuando contemplaba la soberanía como la capacidad para dirigir la vida del ente social en el futuro crearía confusiones y perdería su sentido jurídico lógico.

El derecho comunitario, direccionado hacia la creación de un nuevo ordenamiento jurídico internacional como sistema, es esencial el concepto de unidad, que presupone la idea de una norma común y a la que deben los Estados Partes responder directamente. Se tiene que llevar a consideración a su vez, la sistematización de la norma y la relación de interdependencia normativa bajo un estricto sentido de coherencia y equidad. Tenemos el principio de que existen normas originarias y normas derivadas, y ésta, está sujeta en la medida que sea la ejecución de la primera, según Bonifacio Ríos Ávalos.

Siguiendo nuestro citado autor, y ante las exigencias del valor científico y los objetivos en la consolidación de un sistema comunitario subregional, se podría ir construyendo un nuevo orden jurídico con principios técnicas y fines propios.

---

* Diplomático y Profesor Doctor Universitario Paraguayo.

Principios fundamentales

La base de un derecho comunitario debe regirse por principios irrenunciables, que sirvan de soporte de la propia existencia de los Estados involucrados, entre estos principios se citan:

a. La legalidad
b. El respeto a los derecho humanos
c. Principios democráticos coincidentes
d. Igualdad jurídica y doctrinaria
e. Reciprocidad entre los miembros
f. Solidaridad jurídica, social, política y económica
g. La supremacía del derecho internacional publico
h. La operatividad en el sistema
i. La aplicación inmediata de las normas
j. El efecto inmediato de la incorporación en el derecho interno

Supremacía

Continuamos apoyándonos en el ensayo de Bonifacio Ríos Ávalos, cuando destaca entre los principios fundamentales el derecho comunitario, que serán interpretados por órganos comunitarios pertinentes:

a. Supremacía:
El derecho comunitario para su afirmación debe poseer el carácter de orden superior al derecho interno, y en el conflicto entre la Ley interna y la Ley comunitaria deberá prevalecer el orden jurídico comunitario, porque la eficacia de este derecho no puede sufrir variables entre un Estado y otro, afirmando que, este principio nos obliga a no elaborar normas legislativas que no estén de acuerdo con el derecho comunitario.

b. Operatividad:
Es incuestionable que las normas jurídicas comunitarias deben ser automáticamente incorporadas como orden obligatorio en el derecho interno de los Estados miembros, marginando la idea de no poder ser aplicadas por razones de orden constitucional.

c. Aplicación inmediata:
Entre los doctrinadores existe el consenso de eliminar la necesidad de ratificación parlamentaria de la normas comunitarias, pues se incorpora inmediatamente las mismas al derecho interno.

d. El efecto directo:
La incorporación de una norma comunitaria al derecho interno constituye la piedra angular de las normas comunitarias, pues, los derechos y obligaciones creadas por estas normas podrán ser requeridas por los interesados de cualquier Estado a los efectos de una protección jurídica.

Para la aplicación de los principios enunciados anteriormente, es de mucha importancia de la existencia de órganos jurisdiccionales competentes para interpretar aplicar, dicta resoluciones y su las misma tenga la fuerza imperativa en cualquier Estado.

Órgano jurisdiccional supranacional

La idea de la supranacionalidad en el tecnicismo jurídico sobrepasa los limotes de la nacionalidad. El antecedente histórico que se tiene al respecto, es el Artículo 9 del Estatuto de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero - CECA, antecedente primario de la Unión Europea. Los agentes, en el ejercicio de sus atribuciones deberán mantener independencia absoluta y evitar cumplir instrucciones de sus respectivos Estados, así siendo la supranacionalidad no se refiere a la organización y si al cumplimiento de la función de representación de todos los Estados miembros.

La supranacionalidad según Bonifacio Ríos Ávalos, es de origen francés, *supranacionalite*, porque es posible entender la existencia de órganos supranacionales como órgano jurisdiccional con competentes para dirimir diferencias, conflictos sometidos a su jurisdicción.

Características de los órganos supranacionales

a. La característica principal del órgano jurisdiccional es ser independiente en el ejercicio de su competencia, ajeno a cualquier influencia extraña inclusive de sus propios Estados, así también independiente en relación a los demás miembros de la comunidad, por toro lado, los Estados designan a los miembros, pero no podrán instruirlos ni ejercer influencia sobre los Jueces comunitarios.
b. Otra de las características que debe poseer el órgano jurisdiccional, es la facultad de la interpretación suprema de derecho comunitario, a los efectos de ofrecer un régimen uniforme de aplicación del citado derecho. Se explica la expresión suprema porque la interpretación primaria corresponde a los órganos jurisdiccionales.
c. El órgano jurisdiccional debe contar con una jurisdicción obligatoria con las debidas competencias de atender recursos de particulares y de los principales sujetos de derecho público internacional subregional para resolver sus diferencias, así como, con la competencia exclusiva y excluyente en materia comunitaria.
d. El órgano comunitario debe manifestarse siempre en los litigios que al mismo se le formula porque él es el interprete natural del derecho comunitario, inclusive, independiente de las fuentes jurídicas de los Estados miembros, el sistema ha creado principios de efecto inmediato y de aplicación inmediata de un derecho comunitario, considerado estable y eficaz dentro del cuadro del derecho positivo europeo, en contraposición del tradicional sistema jurídico del derecho internacional. En este aspecto, se clarifica la necesidad de un procedimiento interno para la inclusión de los mandatos que se originan de un convenio internacional, como las figuras de la ratificación y de la incorporación al orden positivo interno.
e. Los tribunales internacionales nacen de tratados específicos, dice Bonifacio Ríos Ávalos, en concordancia con Carlos Alberto González Garabelli, que crean tribunales especiales no permanentes como el de arbitraje y otros tribunales permanentes como el Tribunal de la Haya y el Tribunal Interamericano de Derecho Humanos, cuyas resoluciones son voluntarias, no pudiendo ejecutar sus mandatos con carácter obligatorio.

La Supranacionalidad y las Constituciones de los Estados Partes del Mercosur

a. El caso paraguayo

Si analizamos el caso paraguayo podemos advertir en primer término que la Constitución de 1992, establece en forma taxativa el orden jerárquico de las normas jurídicas. en tal sentido

el Art. 137 dispone que la Ley Suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de menor jerarquía, sancionadas en su consecuencia, integran el Derecho Positivo Nacional en el orden enunciado. Lo expresado denota que los tratados internacionales ocupan un rango superior a la ley e inmediatamente después de la Constitución.

En cuanto a la admisión de un orden jurídico supranacional, el Art. 145 lo consagra, al disponer que la República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la defensa de los derecho humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. Dichas decisiones solo podrán adoptarse por mayoría absoluto de cada Cámara del Congreso.

Un tema que debe ser analizado se relaciona con la ubicación que ocuparían las normas de carácter supranacional, dentro del ordenamiento jurídico interno del país. En tal sentido alguna vez se ha planteado la siguiente duda: dentro del proceso de integración habría que diferenciar las normas que constituyen el derecho originario de aquellas que integran el derecho derivado.

En la hipótesis de consagrarse un orden jurídico supranacional, la cuestión sería determinar si solo el derecho originario tendría prevalencia sobre la ley nacional, en tanto que el derecho derivado ocuparía un rango inferior a ésta. El tema ha sido planteado en alguna reunión internacional en la que se batieron temas de esta naturaleza y la cuestión fue formulada en virtud de lo dispuesto por el Art. 137 ya citado.

Nuestro criterio es que en la hipótesis de consagrarse un orden jurídico supranacional no existiría inconveniente en otorgar tanto al derecho originario cuanto al derecho derivado un orden jerárquico superior a la propia ley nacional e inmediatamente inferior a la Constitución, pues de lo contrario ese derecho derivado solo podría tener vigencia en la medida en que no contradijera la legislación nacional vigente, situación está a nuestro criterio inadmisible, a tenor de las propias normas consagradas por la Constitución y a las posibilidades que ellas otorgan a un orden jurídico supranacional.

b. El caso argentino

La normativa de la Constitución Argentina de 1994 es similar a la Paraguaya de 1992 al consagrar la posibilidad de la existencia de un orden jurídico supranacional y exigiendo para el efecto la aprobación por una mayoría calificada de ambas cámaras del Congreso. Además, en el caso argentino, se establece una norma más estricta en la hipótesis de tratados con Estados que no son de Latinoamérica.

c. El caso brasileño

En el caso brasileño podemos advertir que no existiría impedimento alguno desde el punto de vista constitucional para que Brasil acepte su incorporación a un sistema de integración de características supranacionales.

Para otros autores, como Luis Olavo Baptista, las normas constitucionales consagradas en los artículos 22 a 24 significan impedimentos a la participación brasileña en un órgano internacional en virtud de que tales normas que determinan la competencia legislativa de la "Unión", no admiten la posibilidad de delegación. Sostiene igualmente que los mencionados artículos no pueden ser modificados.

Además existe otro problema en el caso brasileño que se vincula con el lugar que ocupan los acuerdos internacionales, en cuanto a su jerarquía, en el ordenamiento legal brasileño. En tal sentido, se debe recordar que de conformidad con el criterio del Supremo Tribunal Federal un

tratado internacional tiene la misma jerarquía que una ley nacional y que en la hipótesis de existir contradicción entre una y otra, la norma posterior es la que prevalece.

Sin duda alguna esta situación crea problemas que deben ser tratados con extremo cuidado, dentro de un proceso de integración, desde el momento en que la vigencia jurídica de los tratados internacionales queda supeditada a la normativa que dicte una de las Partes. Para aquellos Estados que han ratificado la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratado o cuyos sistemas constitucionales comparten sus principios, el sistema brasileño resulta inaceptable. Claro está que Brasil no ha ratificado esta convención.

d. El caso uruguayo

La Constitución uruguaya no contiene disposición alguna que pudiera compararse con la normativa de la paraguaya o argentina en cuanto a la supranacionalidad. Encontramos en su texto una disposición comparable en alguna medida con la del Parágrafo Único del Art.4° de la Constitución de la República Federativa del Brasil.

En cuanto a las disposiciones vinculadas con relaciones o tratados internacionales debemos citar el Art. 6° según el cual en los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos.

Para concluir, el Uruguay al igual que el Brasil necesitarían de una reforma constitucional que permitiera la instalación de un sistema de integración con características de supranacionalidad, a fin de evitar equívocos y dilaciones que resultan tan perjudiciales para la adopción de normas que pudieran revestir dichas características.

Obras Consultadas:

Roberto Ruiz Diaz Labrano – Organizador y Compilador

Mercosur, Union Europea - Editora intercontinental 2001 Asuncion Paraguay;

Fernando de Magalhes Burlan, " Integración e Soberania O Brasil e o Mercosur" – Ediçoes Aduaneiras Ltda. – Sao Paulo Brasil – 2004

Bonifacio Rios Avalos – La Supranacionalidad – Editora Intercontinental – Asuncion Paraguay - 2001

Un paseo por la Jurisprudencia Supranacional Europea y su reflejo en los Sistemas Suramericanos de Integración[1]

Ricardo Alonso García*

Sumário.: 1. Aclaraciones previas: supranacionalidad vs. intergubernamentalidad. 2. El Tribunal de Justicia como motor del mercado común. 3. Las vicisitudes del Tribunal de Justicia en el espacio de libertad, seguridad y justicia. 4. La experiencia europea en los sistemas suramericanos de integración regional, y las posibilidades de una inspiración inversa.

1. Aclaraciones previas: supranacionalidad vs. intergubernamentalidad

Sabido es que el Tribunal de Justicia actuó desde los orígenes de las Comunidades Europeas como auténtico "motor de la integración", en el sentido de decidido impulsor del reconocimiento de su naturaleza *sui generis*, propensa a hacer realidad la cesión de soberanía operada en su favor por los Estados miembros.

Tal protagonismo del Tribunal de Justicia, desempeñado en un primer momento, como se acaba de señalar, en el ámbito de la configuración de la naturaleza misma de la integración europea y de los principios esenciales llamados a regir las relaciones entre el Derecho europeo y el Derecho de los Estados miembros, se extendió progresivamente a los demás "ámbitos constitucionales" del ordenamiento jurídico comunitario, significativamente a la hora de definir los contornos del poder europeo, incluidos los límites de ese poder frente al ciudadano.

En efecto, el Tribunal va intervenir de manera decisiva, inspirándose en una visión *pro integratione* de la aventura iniciada en 1951 en el ámbito del carbón y del acero, en la concreción de las reglas de juego entre las instituciones políticas europeas, y del marco competencial de dichas instituciones consideradas en conjunto frente a los Estados miembros; también va a intervenir de manera decisiva en la concreción de las reglas de juego del poder judicial europeo desde una perspectiva global (esto es, incluidos en dicho poder los jueces y tribunales nacionales en su faceta de "jueces comunitarios" a través de ese mecanismo privilegiado de cooperación con el Tribunal de Justicia que es la cuestión prejudicial); y, en fin, decisiva va a ser igualmente su labor a la hora de configurar los límites del poder público europeo (incluido el poder público nacional en su faceta de brazo ejecutor del Derecho comunitario) frente a los ciudadanos a través de un sistema de derechos fundamentales elaborado vía pretoriana, complementario del establecido antes del nacimiento de las Comunidades Europeas, en el contexto del Consejo de Europa (a saber, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, firmado en Roma en 1950).

El presente trabajo pretende, en su primera parte, exponer el referido protagonismo desempeñado por el Tribunal de Justicia en términos *pro integratione*; una segunda parte se dedicará al análisis acerca de si esa labor *pro integratione* se ha mantenido tras el nacimiento formal de la Unión Europea con el Tratado de Maastricht firmado en 1992, sobre todo tras la reforma de Ámsterdam en 1997 y en relación, concretamente, con el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

Antes de comenzar, no obstante, conviene aclarar qué entiendo por la referida actitud *pro integratione* del Tribunal de Justicia. En esencia, se trata de una actitud tendente a potenciar los

* Catedrático de Derecho Administrativo y Comunitário de la Universidad Complutense de Madrid

[1] El presente trabajo reproduce, sin notas a pie de página, la exposición presentada por el autor con ocasión de su investidura como *Doctor Honoris Causa* por la Universidad Empresarial Siglo 21 (Córdoba, Argentina), el 18 de octubre de 2007

elementos supranacionales del sistema europeo de integración frente a los rasgos intergubernamentales no ajenos al mismo.

Ahora bien y a su vez, ¿qué cabe entender por "elementos o rasgos supranacionales", y por "elementos o rasgos intergubernamentales"? También en esencia, la *supranacionalidad* es un concepto al que subyace el fenómeno de la cesión de soberanía a favor de una organización (con la consiguiente conexión directa entre ésta y el ciudadano) y que gira, creo, en torno a cuatro cuestiones: 1) quién decide (la estructura política propia de la organización); 2) cómo decide (mediante unas reglas de funcionamiento que escapan del control individual, y por tanto soberano, de los Estados miembros de la organización); 3) control sobre lo decidido (en manos de una estructura jurisdiccional también propia de la organización); y 4) efectos de lo decidido (obligatorias para los Estados miembros y sus ciudadanos en términos de eficacia directa y primacía derivados del propio ordenamiento de la organización). Como contraposición a la supranacionalidad, la *intergubernamentalidad* nos situaría en un terreno más próximo a las organizaciones internacionales de corte clásico, en el que la respuesta a las mencionadas cuestiones se encontraría en la voluntad última y soberana de los representantes de las Partes Contratantes, auténticas protagonistas del "pacto interestatal" en detrimento de los ciudadanos.

Lo dicho teniendo en cuenta que los rasgos supranacionales y los intergubernamentales pueden coexistir en el seno de una organización y que, de hecho y como adelantaba, coexisten en la Europa comunitaria, paradigma de integración supranacional.

Tomemos como ejemplo el proceso decisorio en un específico sector como la armonización fiscal (artículo 93 TCE), donde el Consejo (órgano integrado por representantes gubernamentales) dispone por unanimidad. Se trata, pues, de un terreno presidido, en principio, por la intergubernamentalidad y la correspondiente ausencia de cesión de soberanía (al mantener cada Estado miembro su poder individual de veto); lo cual, sin embargo, no implica que sea terreno por entero abonado con rasgos intergubernamentales, habida cuenta de que el poder de iniciativa reside en la Comisión (institución independiente de los Estados miembros), y que el Parlamento (compuesto por representantes de los pueblos –que no los Estados- europeos) y el Comité Económico y Social (constituido por "representantes de los diferentes componentes de carácter económico y social de la sociedad civil organizada") intervienen en el proceso decisorio al tener que ser consultados con carácter preceptivo; y en cuanto a la interpretación última y suprema de la armonización adoptada, corresponde al Tribunal de Justicia, auxiliado en su caso por los jueces y tribunales nacionales vía cuestión prejudicial.

Presencia también, por tanto, de rasgos supranacionales, cuyo peso aumentará en proporción a la pérdida de control de los Estados miembros sobre el proceso decisorio, manifestada principalmente en aquellos sectores (progresivamente ampliados con las sucesivas reformas del Tratado) donde el Consejo decide por mayoría (lo que supone, en una de las manifestaciones más significativas de la supranacionalidad europea, sumisión de los Estados, aun habiendo votado en contra, a la voluntad del Consejo), y acentuada a medida que mayor sea el protagonismo del Parlamento (el cual comenzó en 1986, con el Acta Única Europea, a participar activamente en el proceso decisorio a través de los procedimientos de cooperación y dictamen conforme, participación incrementada con el procedimiento de codecisión introducido por el Tratado de Maastricht) y la exigencia de intervención consultiva, en términos facultativos o preceptivos según los casos, del ya referido Comité Económico y Social, y del Comité de las Regiones (también producto de Maastricht y que agrupa a "representantes de los entes regionales y locales").

2. El Tribunal de Justicia como motor del mercado común

En 1963, el ordenamiento jurídico comunitario ya fue calificado por el Tribunal de Justicia como "propio" y "autónomo" respecto del ordenamiento jurídico internacional y del de los Estados miembros integrantes de las Comunidades Europeas. Tales características las vinculó el Tribunal, refiriéndose específicamente a la entonces Comunidad Económica Europea, al hecho de haber dotado a la misma "de Instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional y, más en particular, de poderes reales derivados de una limitación de soberanía o transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad", que se traduciría en su aptitud para generar normas jurídicas directamente aplicables en los Estados miembros (*asunto Van Gend & Loos*).

Esta posibilidad de los ciudadanos de invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales el Derecho comunitario, proclamada concretamente en relación con el artículo 12 del Tratado constitutivo (actualmente modificado y ubicado como artículo 25), que preveía que "los Estados miembros se abstendrán de establecer entre sí nuevos derechos de aduana, de importación y exportación o exacciones de efecto equivalente y de incrementar los que ya estén aplicando en sus relaciones recíprocas", partió de una alteración por el Tribunal de Justicia de la *presunción* de Derecho Internacional consistente en que las obligaciones jurídicas internacionales están orientadas y dirigidas a los Estados, partes contratantes, cuyos respectivos Derechos son los que determinan en qué medida y a través de qué método tales obligaciones pueden en su caso producir efectos jurídicos en el ámbito interno (incluida su invocabilidad por los particulares ante las propias jurisdicciones nacionales), solventándose los posibles incumplimientos en el marco de reclamaciones interestatales.

Cierto es que, en cuanto presunción, podría ser destruida si del tratado internacional se desprendiera la intención de las partes contratantes en favor de su aplicabilidad directa; pero no lo es menos que tal intención, en cuanto excepción a la regla general, tendría que interpretarse de manera restrictiva.

Así las cosas, bien podía haber prevalecido una aproximación conforme a cánones clásicos de Derecho Internacional respecto de la eficacia del Tratado CEE, pues ninguna disposición suya preveía la posibilidad de su directa aplicación, con la consecuencia de poder implicar *per se* a los particulares, esto es, con independencia de los Derechos nacionales (ausencia de previsión esta, por lo demás, predicable no sólo del Tratado, sino del resto del Derecho comunitario, con la sola excepción de los reglamentos, cuya aplicabilidad directa se recogía expresamente en artículo 189, actual 249), al tiempo que sí preveía (como recalcó en sus Conclusiones el Abogado General de nacionalidad alemana Karl Roemer, partidario de negar la eficacia directa) un proceso por incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho comunitario, incluido el Tratado, en el que los particulares brillaban por su ausencia (artículos 169-170, actualmente 226-227). Es más, el artículo 12 TCEE, en concreto, imponía una obligación de abstención dirigida exclusivamente a los Estados miembros sin mencionar en ningún momento a los particulares (sin que resulte ocioso recordar que los Gobiernos neerlandés, belga y alemán, intervinientes en el proceso, hicieron hincapié en que tal silencio con relación a los particulares revelaba la voluntad inequívoca de los Estados miembros de no conferir al Tratado efecto directo).

El Tribunal de Justicia, sin embargo, objetivando al máximo la intención de las partes contratantes a través de los objetivos y del sistema instaurado por el Tratado, presidido por un espíritu de integración, concluyó que "el artículo 12 del Tratado produce efecto directo y crea derechos individuales que los tribunales nacionales deben proteger".

El Tribunal de Justicia estaría así sentando las bases, por mor del propio Derecho comunitario (e independientemente, pues, del Derecho de los Estados miembros), de un ordenamiento jurídico autónomo, situando las disputas relativas a su correcto cumplimiento no sólo en un plano interestatal-comunitario (a través del proceso por incumplimiento) sino también interno, con unos Estados miembros susceptibles de ser demandados por los ciudadanos ante sus propios órganos jurisdiccionales.

Y lo estaría haciendo, como señalaba, invirtiendo la presunción propia del Derecho Internacional, al establecerla en favor de la aplicabilidad o eficacia directa del Tratado (y del Derecho comunitario globalmente considerado, incluido el derivado, emanado unilateralmente de las Instituciones comunitarias), a concretar en cada caso a través de las exigencias de "claridad, precisión e incondicionalidad" de su contenido; con otras palabras, determinada la potencialidad global del Tratado para producir directamente efectos en los ordenamientos internos, su actualización concreta vendría de la mano del análisis del contenido ("claro, preciso e incondicional") de cada uno de sus preceptos.

Admitida así la eficacia directa con relación al Tratado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se concentraría a partir de ese momento en la eficacia de las directivas, a las que, pese a tener como exclusivos destinatarios los Estados miembros, reconocería su aptitud para poder ser invocadas por los particulares ante los jueces nacionales frente a ausencias de ejecución interna (dentro del plazo prescrito) o ejecuciones incorrectas (*asuntos Van Duyn, 1974*, y *Becker, 1982*).

Incluso más allá del carácter preciso e incondicional de la directiva, el Tribunal de Justicia se decidiría en el *asunto Kraaijeveld (1996)* a recuperar una doctrina sentada veinte años antes (*asunto VNO, 1977*) y que había pasado prácticamente desapercibida, en virtud de la cual existiría la obligación de verificar "si, dentro de los límites de la facultad de que dispone en cuanto a la forma y los medios de ejecutar la Directiva, el legislador nacional ha respetado los límites del margen de apreciación trazado por la Directiva". Posibilidad, pues, de oponerse a la aplicación del Derecho nacional que haya sobrepasado el margen de maniobra permitido por la directiva, que, no obstante, no llega a traducirse en posibilidad de invocarla en caso de pasividad interna (i.e. en ausencia de normas nacionales de ejecución). O lo que es igual, aun en presencia de margen de apreciación, la directiva puede invocarse frente a normativa interna contraria (acción de naturaleza reaccional), no frente a ausencia de normativa (acción de naturaleza sustitutiva o aplicativa en sentido estricto).

También acabaría el Tribunal de Justicia admitiendo (*asunto Inter-Environnement Wallonie, 1997*) la posibilidad de que el particular invoque una directiva, aun no habiendo finalizado su plazo de ejecución, cuyo contenido preciso e incondicional haya sido vulnerado o cuyo margen de apreciación haya sido sobrepasado por el Derecho interno adoptado con posterioridad a la notificación de la directiva en cuestión, si el juez considera imposible, en función de las circunstancias, que, al expirar el plazo prescrito, pueda alcanzarse el objetivo por ella fijado.

Lo dicho, en fin, en un contexto sancionador en el que sería el Estado, responsable de la infracción que determina la entrada en juego de la eficacia aplicativa de la directiva, el único sujeto frente al cual se puede invocar ésta, excluyéndose así la invocabilidad vertical inversa (del Estado frente al particular) y, como recalcaría el Tribunal en el *asunto Faccini Dori (1994)*, horizontal (entre particulares). No obstante y por lo que respecta a esta última aserción, el Tribunal de Justicia parece haberla matizado en términos igualmente *pro integratione*, admitiendo la posibilidad de que un particular invoque una directiva frente a otro a los puros efectos de oponerse a la aplicación de Derecho interno con ella incompatible (*asunto Cia Security International, 1996*). Ello asumido que en estos litigios *inter privatos* (y en cualesquiera otros, con independencia de los actores -públicos o privados- en juego), el juez estaría obligado (doctrina de la "interpretación conforme") a forzar

la interpretación del Derecho interno hasta el límite del *contra legem* en la búsqueda de su conformidad con la directiva (*asunto Marleasing, 1990*).

Todo ello muestra, en definitiva, una decidida disposición del Tribunal de Justicia a hacer efectivas en el plano interno las decisiones (en el sentido amplio de la expresión) adoptadas en el plano comunitario, incluso cuando las mismas requieren, en principio, desarrollo o ejecución por los Estados miembros, de manera que la ausencia de desarrollo o la ejecución incorrecta no menoscabe la referida efectividad en los términos expuestos. Incluso dicha efectividad, rodeada de las necesarias precisiones, ha llegado el Tribunal a extenderla al terreno del *soft law* comunitario, por definición no vinculante, exigiendo a los operadores jurídicos a tenerlo en cuenta al aplicar el Derecho nacional o el propio *hard law* comunitario; particularmente, exigiendo en última instancia a los jueces y tribunales nacionales la obligación de motivar sobre el posible descarte del *soft law* comunitario en cuanto parámetro de interpretación de disposiciones internas con él vinculadas (*asunto Grimaldi, 1989*).

Volviendo sobre el *asunto Van Gend & Loos*, recordemos que el Tribunal de Justicia admitió el principio de eficacia directa apartándose de las Conclusiones de su Abogado General (y de la posición sostenida, como también vimos, por tres de los gobiernos intervinientes en el proceso, en un contexto, conviene no olvidar, en el que la Europa comunitaria contaba con sólo seis Estados miembros), quien propuso considerar que el artículo 12 del Tratado CEE sólo contenía una obligación dirigida a los Estados, negando así que pudiera producir efecto directo y crear derechos a favor de los particulares cuya protección correspondería en última instancia a jueces y tribunales nacionales.

En el trasfondo de la opinión del Abogado General pesaba el hecho de que, de reconocerse tal eficacia directa, la disparidad entre los Derechos nacionales en lo concerniente a la relación entre el Derecho supranacional o internacional y la legislación interna (esto es, en función del reconocimiento o no del valor prevalente de aquél sobre ésta) podría desembocar en una ruptura de la uniformidad en la aplicación del Derecho comunitario.

El Tribunal de Justicia, sin embargo, no acogería los temores apuntados por el Abogado General, a sabiendas probablemente de que la cuestión prejudicial planteada procedía de un tribunal neerlandés, cuya Constitución, como recordó el propio Abogado General, otorgaba primacía a los acuerdos internacionales sobre el Derecho interno; por lo que el reconocimiento de la eficacia directa con relación al artículo 12 del Tratado CEE desembocaría, sin necesidad de pronunciamiento alguno acerca de la primacía del Derecho comunitario, en una inaplicación por el tribunal neerlandés al caso (del cual estaba conociendo y que originó la cuestión prejudicial) de la normativa interna incompatible con dicho precepto.

No obstante lo cual, quedaba en pie qué sucedería cuando en el futuro se planteara la posible incompatibilidad entre el Derecho comunitario y un Derecho nacional carente, a diferencia de lo que sucedía en los Países Bajos, de una apertura constitucional interna hacia el ordenamiento supranacional o internacional.

Pues bien, la cuestión sería resuelta apenas un año después (*asunto Flaminio Costa, 1964*), en el marco de un litigio cuyo importe ascendía a la cifra irrisoria de 1.925 liras (que equivaldría en la actualidad a menos de 1 euro), que Flaminio Costa, Abogado de Milán, se negaba a pagar, en concepto de suministro de electricidad, al Ente Nacional para la Energía Eléctrica, alegando que la Ley italiana de 6 de diciembre de 1962, por la que se había nacionalizado la industria eléctrica en Italia, era contraria a determinados preceptos del Tratado de la CEE.

Al igual que en *Van Gend & Loos*, el Tribunal de Justicia, recurriendo a la naturaleza *sui generis* y autónoma del ordenamiento jurídico comunitario (independientemente, pues, del alcance que cada Constitución nacional reconociera en el ámbito interno al Derecho supranacional o

internacional), afirmaría la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno, con el efecto de descartar la aplicación de éste por los jueces y tribunales nacionales en el caso de resultar incompatible con aquél.

Así las cosas, puede señalarse que, a día de hoy, la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno infraconstitucional, incluidas las leyes, ha sido aceptada por todos los Estados miembros en los términos sentados por el Tribunal de Justicia en el *asunto Simmenthal (1978)*, que se traducen en la obligación de jueces y tribunales nacionales de inaplicar aquéllas al caso concreto por su propia autoridad, sin esperar a su previa depuración por el legislador o la jurisdicción constitucional correspondiente; lo cual, conviene subrayar, no excluye, en virtud del principio de seguridad jurídica igualmente proclamado por el Tribunal de Justicia (*asunto Comisión v. Francia, 1974*), la obligación por parte de los Estados miembros de eliminar, formalmente y con carácter general (i.e., vía normativa o mediante pronunciamientos judiciales con efectos *erga omnes*), tal contradicción.

Lejos de limitar el alcance del principio de primacía a la inaplicación, sin más, de las normas nacionales incompatibles con el Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia ha ido construyendo a partir de dicho principio y apoyándose en otro como el de cooperación leal (artículo 10 TCE), todo un arsenal de poderes-deberes del juez nacional frente al Derecho interno incompatible con el comunitario: medidas cautelares (*asunto Factortame, 1990*), acciones de responsabilidad por infracción del Derecho comunitario (*asunto Francovich, 1991*), revisión de sentencias con valor de cosa juzgada (habiendo declarado en el reciente *asunto Lucchini, de julio de 2007*, que "el Derecho comunitario se opone a la aplicación de una disposición de Derecho nacional que pretende consagrar el principio de autoridad de la cosa juzgada, como el artículo 2909 del Código Civil italiano, cuando su aplicación constituye un obstáculo para la recuperación de una ayuda de Estado concedida contraviniendo el Derecho comunitario, y cuya incompatibilidad con el mercado común ha sido declarada por una decisión firme de la Comisión de las Comunidades Europeas"; aunque ceñida al terreno específico de las ayudas de Estado, debe advertirse que apenas un año antes, en el *asunto Kapferer*, el Tribunal había declarado con carácter general que "el principio de cooperación que se deriva del artículo 10 CE no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a no aplicar las normas procesales internas con el fin de examinar de nuevo una resolución judicial firme y anularla, cuando se ponga de manifiesto que vulnera el Derecho comunitario"), etc.

Y sería conveniente, siquiera como mínimo en aras de la seguridad jurídica, que todo ese arsenal de poderes-deberes del juez nacional en virtud del Derecho comunitario tuviera su reflejo en los textos constitucionales nacionales, la mayor parte de los cuales sólo contemplan la integración en términos de ida, y no de ida y vuelta. Con otras palabras, las Constituciones nacionales suelen abordar la cuestión de la integración en términos de competencias que, cedidas a la Comunidad, pasan a ser ejercitadas por ésta con el correlativo desapoderamiento de los poderes públicos nacionales, incluidos los órganos judiciales. No contemplan, en cambio, el efecto *boomerang* que dicha cesión trae consigo: el apoderamiento en favor de la Comunidad, lejos de producir en términos generales un *vaciamiento* del poder público interno (tanto en el terreno legislativo como ejecutivo y judicial), lo que produce es una *reestructuración* de dicho poder a los fines de la integración, asumido que el ordenamiento jurídico comunitario opera en términos de descentralización funcional.

Lo dicho, por lo demás, sin olvidar que los problemas que pudieran derivar del referido *silencio* constitucional interno ante los retos de esta jurisprudencia "derivada" o "de segunda generación", centrada en llevar hasta sus últimas consecuencias el principio e primacía, se agudizan ante la cuestión crucial del alcance de éste cuando el Derecho comunitario entra en *colisión* con las Constituciones nacionales.

En efecto, no debe obviarse el hecho de que frente a la afirmación de la primacía en términos absolutos y globales (i.e. del Derecho comunitario considerado en su conjunto sobre el Derecho interno también considerado en su conjunto, incluido el de rango constitucional), que ya apuntaba el Tribunal de Justicia en *Flaminio Costa* y que consagrará explícitamente el *asunto Internationale Handelsgesellschaft (1970)*, los Tribunales Constitucionales y/o Supremos de los Estados miembros han ido formulando límites internos a la integración, reconducidos progresivamente al núcleo duro de la soberanía y de la identidad nacional, incluidos los derechos fundamentales, y también progresivamente matizados, como veremos, sobre la base de la "doctrina de la equivalencia"; ello completado, además, por la negativa a admitir la primacía comunitaria en caso de colisión abierta y manifiesta con disposiciones de los textos constitucionales, cualquiera que sea la naturaleza de la disposición y su ubicación sistemática en el texto constitucional en cuestión.

Siguiendo con la doctrina *pro integratione* del Tribunal de Justicia, hay que señalar que éste, una vez asentados los principios rectores de la relación entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales, la extendió, como advertí al comienzo de la presente exposición, a los demás "ámbitos constitucionales" del ordenamiento jurídico comunitario, significativamente a la hora de definir los contornos del poder europeo, incluidos los límites de ese poder frente al ciudadano.

Así, en lo concerniente a la definición de dichos contornos desde una perspectiva horizontal (i.e., de las reglas de juego entre las propias instituciones políticas europeas), destaca el refuerzo por el Tribunal del papel del Parlamento Europeo y de la Comisión en el marco del proceso decisorio.

Valgan como ejemplo, por lo que respecta al Parlamento y a sus poderes en el terreno consultivo, la doctrina según la cual una alteración del texto de un proyecto con posterioridad a la emisión por aquél del correspondiente dictamen, exigiría una reconsulta en el supuesto de que la alteración fuera sustancial (*asunto ACF Chemiefarma v. Comisión, 1970*); o aquella otra en virtud de la cual una consulta solicitada al Parlamento con carácter facultativo, cuando debería haber tenido lugar con carácter preceptivo, podría conducir a la anulación de la disposición adoptada (*asunto Parlamento Europeo v. Consejo, 1994*). Ello acompañado (*asunto Chernobyl, 1990*) de un reconocimiento, pese a su no previsión por entonces en el Tratado, de la legitimación activa del Parlamento para recurrir en anulación en defensa de sus propias prerrogativas (reconocimiento este que constituiría uno de los *overruling* más espectaculares hasta la fecha en la jurisprudencia del Tribunal –concretamente, del *asunto comitología, 1988*-, y que sería incorporado poco después al propio Tratado con la reforma de Maastricht).

En cuanto a la Comisión, significativo resulta su cuasi monopolio sobre la iniciativa del proceso decisorio, potenciado no sólo por la exigencia prevista en el Tratado de obligar al Consejo a alcanzar la unanimidad cuando pretenda modificar la propuesta de la Comisión (salvo matices recogidos en el propio Tratado en el ámbito del procedimiento de codecisión), sino también por la exigencia jurisprudencialmente declarada de obligar al Consejo a que la modificación se mueva en todo caso dentro del "ámbito de aplicación" de la propuesta en cuestión (*asunto Eurotunel, 1997*).

El propio Consejo, en fin, también se vería afectado por la corriente *pro integratione* que tradicionalmente ha inspirado la doctrina del Tribunal, la cual muestra una clara tendencia, a partir del Acta Única (que, recordemos, recuperó en términos políticos el espíritu supranacional que había quedado en entredicho, también en términos políticos, a partir del Compromiso de Luxemburgo de 1966, al tiempo que reconoció por vez primera un poder real de intervención del Parlamento en el proceso decisorio comunitario), a favorecer las bases jurídicas (i.e., los precepto del Tratado que en cada caso amparan la intervención de la Comunidad, así como el

procedimiento que ésta debe seguir a la hora de hacer efectiva la intervención en cuestión) presididas por la mayoría cualificada en el seno del Consejo, en detrimento de aquellas otras presididas por la unanimidad (*asunto aranceles preferentes, 1987*).

Otro tanto cabe decir de la doctrina del Tribunal de Justicia en lo concerniente a la definición de los contornos del poder público europeo desde una perspectiva vertical (i.e., de los límites competenciales de la Comunidad frente a los Estados miembros).

Valga también como ejemplo la política de medio ambiente, incorporada expresamente como política comunitaria en 1986 con el Acta Única Europea. Pese al silencio del Tratado con anterioridad a dicha fecha, lo que parecía inducir a negar la competencia de la Comunidad para intervenir al respecto, lo cierto es que la Comunidad sí que legisló sobre materia medio ambiental recurriendo, en un primer momento, al entonces artículo 100 del Tratado (actual 94), alegando que la legislación en cuestión pretendía, como exigía el mencionado precepto, aproximar disposiciones nacionales que afectaban directamente al establecimiento y funcionamiento del mercado común (caso de las Directivas sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias peligrosas, y sobre niveles de ruido y de emisiones de gases contaminantes por vehículos de motor).

A medida que la legislación comunitaria comenzó a hacerse "más esencialmente" medio ambiental, menor comenzó a ser su "incidencia directa" en el mercado común (y menor, por tanto, la posibilidad de basar tal legislación en el artículo 100), recurriéndose entonces a la doctrina de los poderes implícitos plasmada en el artículo 235 del Tratado (según el cual, "cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes). Ello exigía en todo caso, una lectura generosa de los objetivos mencionados en el entonces artículo 2 del Tratado, donde no figuraba específicamente la protección del medio ambiente. Sí que entendió el Consejo, sin embargo, que tal protección derivaba de la búsqueda de, según rezaba dicho precepto, "un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, y una elevación acelerada del nivel de vida"; visión esta que sería respaldada por el Tribunal de Justicia en el *asunto ADBHU (1985)*, en el que, ante la impugnación de la legislación francesa y de la directiva que ejecutaba por excesivamente restrictivas de la actividad comercial e industrial de tratamientos de aceites usados y en consecuencia contrarias al principio comunitario de libre comercio, el Tribunal sostuvo que el medio ambiente era "uno de los objetivos esenciales de la Comunidad", lo que justificaba que sobre la base del mismo no sólo los Estados, sino también la Comunidad, pudiesen restringir la libertad de comercio.

Si decisiva va resultar la doctrina *pro integratione* del Tribunal de Justicia en el terreno del proceso decisorio, no menos va a resultar su visión de las reglas de juego del poder judicial europeo, y más concretamente, de las relaciones entre los jueces y tribunales nacionales (en su faceta de "jueces comunitarios") y el propio Tribunal de Justicia a través de la cuestión prejudicial prevista en el artículo 177 (actual 234) del Tratado, calificada en Luxemburgo como auténtica "piedra angular" del sistema jurídico comunitario.

En efecto, asumido que la mayor parte del Derecho comunitario es desarrollado y ejecutado por los Estados miembros, parece claro que la "comunidad" propia de la fase de producción normativa (en el sentido de una norma común europea para todos los Estados miembros) correría el riesgo de ruptura si la fase aplicativa, que opera según se acaba de señalar en régimen de descentralización, se dejara por completo en manos de los Estados miembros (en última

instancia, de sus órganos jurisdiccionales, competentes para conocer de los litigios que surjan en dicha fase aplicativa), con posibilidad de divergencias entre unos y otros y, por tanto, de quiebra en la práctica de la "comunidad" teórica.

A evitar tal riesgo está destinado el mecanismo de la cuestión prejudicial, el cual, calificado por el propio Tribunal, como se acaba de señalar, de "piedra angular" del sistema jurídico comunitario, se encuadra, como recuerda el *asunto Schwarze (1965)*, en el "marco muy particular de la cooperación judicial" en el que compete al juez europeo aclarar la interpretación o validez del Derecho Comunitario y al órgano jurisdiccional nacional resolver el litigio que originó la cuestión prejudicial a la luz de tal aclaración.

Sucede que, más allá del concreto litigio nacional que está en su origen, la cuestión prejudicial tiene por finalidad primordial colocar a una institución comunitaria, el Tribunal de Justicia, en posición de marcar las pautas comunes a tener en cuenta por jueces y tribunales nacionales a la hora de velar por un correcto y uniforme desenvolvimiento del Derecho comunitario, manteniendo la "comunidad" alcanzada en el estadio de producción normativa al pasar al de su efectiva aplicación: una norma común, comúnmente interpretada y aplicada en todos los Estados miembros a través del diálogo instaurado entre la diversidad de jueces nacionales y el Tribunal de Justicia, al que pueden o en su caso deben plantear las dudas de interpretación o validez del Derecho comunitario que les surjan con ocasión de los litigios de los cuales estén conociendo, cuya resolución -imprescindible para poder emitir su fallo- por el Tribunal de Justicia, al tiempo que aclara el panorama al órgano jurisdiccional remitente, sienta doctrina uniforme a respetar por cualesquiera otros órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

En tal contexto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se ha dirigido, por un lado, a reforzar su rol de supremo intérprete del ordenamiento jurídico comunitario a través de las doctrinas del "acto claro" y del "acto aclarado" (*asunto CILFIT, 1982*). La primera propugna la ubicación del órgano jurisdiccional nacional, a la hora de decidir acerca del planteamiento o no de la cuestión, en el marco de la arquitectura judicial comunitaria (de la que forman parte los demás órganos jurisdiccionales nacionales actuando en colaboración con el Tribunal de Justicia), interpretando y aplicando de manera uniforme el Derecho, común, comunitario (autónomo respecto de los Derechos nacionales). Como recuerda el *asunto International Transports (2005)*, el juez nacional debe valorar la eventualidad de una duda interpretativa "razonable" sobre el ordenamiento jurídico comunitario "en función de las características propias del Derecho comunitario, de las dificultades concretas que presente su interpretación y del riesgo de divergencias jurisprudenciales dentro de la Comunidad". En cuanto a la doctrina del "acto aclarado", implicó el reconocimiento a favor de jueces y tribunales nacionales del poder para aplicar, por su propia autoridad (i.e. sin plantear cuestión prejudicial), "jurisprudencia ya asentada del Tribunal de Justicia que hubiera resuelto la cuestión de derecho de que se trata, cualquiera que sea la naturaleza de los procedimientos que dieron lugar a dicha jurisprudencia, incluso en defecto de una estricta identidad de las cuestiones debatidas"; ello en el bien entendido (y es este matiz el que reforzaría la autoridad del Tribunal de Justicia) de que ningún órgano jurisdiccional nacional podría por su propia autoridad apartarse de la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Luxemburgo (al que, no obstante, sí que podrían dirigirse para aclarar algún punto oscuro de la jurisprudencia en cuestión, para volver sobre ella a la luz de nuevos argumentos o, simplemente, para intentar una reconsideración de Luxemburgo al respecto).

Mayor aún resultó el reforzamiento del rol del Tribunal de Justicia, más allá del contexto interpretativo, en el marco del puro control judicial, al sentar el Tribunal en el *asunto Foto-Frost (1987)* su monopolio respecto de los juicios negativos de validez del Derecho comunitario (monopolio que, aun no estando previsto en el artículo 177, el Tribunal de Justicia dedujo de una

interpretación sistemática –y *pro integratione*- de sus propias funciones: "dado que el artículo 173 [actual 230]", sostuvo, "atribuye competencia exclusiva al Tribunal de Justicia para anular un acto de una institución comunitaria, la coherencia del sistema exige que la facultad de declarar la invalidez del mismo acto, si se plantea ante un órgano jurisdiccional nacional, esté reservada asimismo al Tribunal de Justicia"). Monopolio este, por lo demás, que se mantiene, conforme aclararía el *asunto Gaston Schul (2005)*, aun cuando el Tribunal "ya haya declarado inválidas disposiciones equivalentes de [otra norma comunitaria] comparable".

Lo dicho teniendo por lo demás en cuenta que el Tribunal, que en el *asunto U.P.A. v. Consejo (2002)* rechazó la legitimación de los particulares para impugnar directamente actividad comunitaria de carácter general, hizo hincapié en ese mismo asunto, como contrapartida, en la necesidad de reforzar esta vía de impugnación indirecta que es la cuestión prejudicial de validez, declarando que "en este contexto [de asentamiento de un sistema de vías de recurso y de procedimientos que permita garantizar el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva], y de conformidad con el principio de cooperación leal enunciado en el artículo 5 [actual 10] del Tratado, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados, en toda la medida de lo posible, a interpretar y aplicar las normas procesales internas que regulan la interposición de los recursos de modo que las personas físicas y jurídicas puedan impugnar judicialmente la legalidad de cualquier resolución o de cualquier otra medida nacional por la que se les aplique un acto comunitario de alcance general, invocando la invalidez de dicho acto".

Todo lo cual implica, en última instancia, un fortalecimiento de la naturaleza supranacional del Tribunal de Justicia no sólo en términos de conferirle la última palabra en relación con el alcance del propio Derecho comunitario, sino también en términos de conexión con el ciudadano litigante, en cuya causa, allí donde no existe acceso directo al Tribunal de Justicia, éste amplía las posibilidades de intervenir (indirectamente) a medida que intensifica la presión sobre el juez nacional a los efectos de hacerle asumir su condición de "juez comunitario".

En fin y para concluir este breve repaso de la jurisprudencia comunitaria *pro integratione*, señalemos que decisiva ha sido también la labor del Tribunal de Justicia a la hora de configurar los límites del poder público europeo frente a los ciudadanos a través de un sistema de derechos fundamentales elaborado vía pretoriana, complementario del que deriva del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En efecto, entre las consecuencias que en términos integradores implicó la elaboración por el Tribunal de Justicia de un catálogo comunitario de derechos fundamentales, pueden destacarse:

1) la reafirmación de la naturaleza autónoma del ordenamiento jurídico comunitario, capaz de proporcionar a los ciudadanos un catálogo propio de derechos fundamentales a partir del cual controlar la actividad de las instituciones europeas (y de los propios Estados miembros en su faceta de ejecutores del Derecho comunitario);

2) ello, a su vez, sentó las bases para superar las resistencias de los Estados miembros a la primacía argumentando que, en ausencia de un catálogo comunitario de derechos fundamentales, serían los propios catálogos nacionales los que deberían entrar en juego como límite infranqueable por el poder público europeo;

3) también sentó las bases para la reforzar el monopolio del Tribunal de Justicia para declarar la invalidez del Derecho comunitario por mor del propio Derecho comunitario (esto es, de su propio catálogo jurisprudencial de derechos fundamentales);

4) en fin, la referida autonomía del ordenamiento jurídico comunitario acabaría reafirmándose no ya frente al Derecho nacional (en el sentido señalado de que sólo el catálogo comunitario de derechos fundamentales sería canon de validez de la propia actividad comunitaria, y de que el único competente para manejar tal canon en términos negativos –de invalidez- sería el propio Tribunal de

Justicia), sino incluso frente al sistema instaurado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, con una renuncia genérica por parte del Tribunal de Estrasburgo (*asunto Bosphorus, 2005*) a ejercitar un control sobre el Derecho comunitario (indirectamente, a través del control ejercitado sobre la ejecución de éste por los Estados miembros, Partes Contratantes, a diferencia de la Comunidad Europea, del Convenio), sobre la base de la "doctrina de la equivalencia", que otorga un amplio margen de confianza a un ordenamiento, como el comunitario, capaz de proporcionar una protección "comparable", que no "idéntica", a la que deriva del propio Convenio, en el marco de un sistema de control jurisdiccional capaz de asegurar la observancia de los derechos amparados por el ordenamiento en cuestión (doctrina esta de la protección equivalente que, por ejemplo y con sus correspondientes matices, asumen también los Tribunales Constitucionales de Alemania y España, y el Consejo Constitucional y el Consejo de Estado en Francia).

Sucede, por lo demás, que el rol decisivo del Tribunal de Justicia en la configuración pretoriana del sistema comunitario de derechos fundamentales sigue siendo de extraordinaria actualidad pese a la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en Niza (2000), no ya porque ésta carece, pese a su evidente valor hermenéutico, de fuerza jurídica vinculante en sentido estricto (según recuerda el propio Tribunal en el *asunto reagrupación familiar, 2006*, primero en citarla de manera expresa), sino incluso porque como recordaba la fallida Constitución Europea (cuya filosofía mantiene la versión provisional del en estos momentos futurible Tratado de Lisboa con el que se pretende superar la actual situación de *impasse* en que se encuentra la Unión), la Carta no excluye que los derechos y libertades en ella reconocidos sean completados, como antaño, vía principios generales configurados por el Tribunal de Justicia inspirándose en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

3. Las vicisitudes del Tribunal de Justicia en el espacio de libertad, seguridad y justicia

Tras este breve repaso del protagonismo desempeñado por el Tribunal de Justicia en el marco comunitario en términos *pro integratione*, corresponde ahora analizar de si esa labor *pro integratione* se ha mantenido tras el nacimiento formal de la Unión Europea con el Tratado de Maastricht firmado en 1992, sobre todo, como adelanté al inicio de la exposición, tras la reforma de Ámsterdam en 1997 y en relación, concretamente, con el conocido como tercer pilar, dedicado a la "Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal".

Comencemos por recordar que el Tratado Maastricht creó una nueva organización, la Unión Europea, que, heredando la doble naturaleza de la integración europea ya presente en el Acta Única (1986), parte en cuanto a su fundamento de las Comunidades Europeas, completadas con formas de cooperación en política exterior y de seguridad común (PESC), y en asuntos de justicia y de interior (AJAI), y que va a recibir como misión "organizar de modo más coherente y solidario las relaciones entre los Estados miembros y entre sus pueblos". Para ello, la Unión va a contar con un marco institucional único, que funcionará con distintas reglas de juego según el ámbito de intervención: esencialmente supranacionales en el terreno de las Comunidades Europeas, y esencialmente intergubernamentales en los ámbitos PESC y AJAI (que puede resumirse en el protagonismo cuasi absoluto de los Estados miembros en un proceso decisorio que nace de su iniciativa, concluye por unanimidad del Consejo y queda expresamente excluido del control por el Tribunal de Justicia), recurriéndose desde entonces a la figura del templo griego para describir plásticamente la estructura del Tratado, con sus tres pilares, el supranacional comunitario y los otros dos intergubernamentales.

Tras el Tratado de Maastricht, la reforma de Ámsterdam (1997) traerá consigo, entre otras modificaciones, un *doble proceso de comunitarización* operado en relación con el tercer pilar, en un contexto en el que entre los objetivos a perseguir por la Unión Europea, se define el de "mantener y desarrollar la Unión como un *espacio de libertad, de seguridad y de justicia*, en el que la libre circulación de personas esté garantizada conjuntamente con las medidas adecuadas relativas a los controles en las fronteras exteriores, la inmigración, el asilo y la prevención y lucha contra la delincuencia".

Por un lado, comunitarización consistente en el traspaso de parte del tercer pilar, el concerniente al control de fronteras externas, la inmigración, el asilo y la cooperación judicial en temas civiles, al propio Tratado de la Comunidad Europea; comunitarización que, sin embargo, no fue total, al quedar sometido el referido traspaso a un régimen *sui generis* respecto del general comunitario en lo atinente tanto al proceso decisorio como al control jurisdiccional. Así, y en relación con el proceso decisorio, se distinguió entre antes y después de transcurridos cinco años a partir de la entrada en vigor de la reforma de Ámsterdam: antes, decidiría el Consejo por unanimidad, a propuesta de la Comisión o a iniciativa de un Estado miembro (rompiéndose así el monopolio de iniciativa de la Comisión típicamente comunitario) y previa consulta al Parlamento Europeo (desnudo, pues, de sus poderes de intervención propios del pilar comunitario, particularmente del poder de codecisión); después, la Comisión asumiría en exclusiva el poder de iniciativa, y el Consejo podría (por unanimidad) implantar el procedimiento de codecisión. En cuanto al control jurisdiccional, se previó un régimen especial de cuestión prejudicial (limitando la activación de la misma a los órganos jurisdiccionales nacionales de última instancia), al tiempo que se excluyó expresamente la competencia del Tribunal, en el contexto de la progresiva eliminación de los controles sobre las personas en el cruce de las fronteras interiores, "sobre las medidas o decisiones relativas al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior".

Por otro lado, "aires" de comunitarización, en grado sensiblemente inferior a la operación anterior, consistente en la introducción de algunos rasgos próximos al régimen comunitario en la parte del tercer pilar que allí permaneció como *cooperación policial y judicial en materia penal* (CPJP, ampliada a la prevención y lucha contra el racismo y la xenofobia). Así, se estableció un sistema de instrumentos jurídicos que recordaba al sistema comunitario, aunque con importantes correcciones respecto de los elementos supranacionales propios de éste (negándose expresamente el efecto directo de las decisiones y de las decisiones marco), al tiempo que el proceso decisorio continuaba descansando, como en el segundo pilar (PESC), en el Consejo funcionando en régimen de unanimidad (sin perjuicio de la apertura de la mayoría cualificada a las medidas de aplicación de las unánimemente adoptadas y de la posibilidad de activación de la cooperación reforzada; y sin perjuicio, también, de que la Comisión y el Parlamento Europeo vieran tímidamente incrementados, respecto de Maastricht, sus papeles en dicho proceso). En cuanto a la arquitectura jurisdiccional, se produjo una matizada apertura al control por el Tribunal de Justicia, admitiéndose su competencia prejudicial para pronunciarse sobre la validez (excluidos los convenios entre los Estados miembros) y la interpretación del sistema del tercer pilar, aunque supeditada dicha competencia a su aceptación por cada Estado (en la que, además, se debería especificar qué órganos jurisdiccionales del Estado en cuestión podrían dirigirse al Tribunal de Justicia, esto es, si todos ellos, o sólo aquellos de ultima instancia); también se admitió la competencia del Tribunal para controlar la legalidad de las decisiones y de las decisiones marco vía recurso de anulación interpuesto por los Estados o la Comisión, así como para pronunciarse sobre cualquier litigio entre Estados miembros, o entre éstos y la Comisión (quedando expresamente excluida su competencia, en cambio, "para controlar la validez o proporcionalidad

de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior").

La principal conclusión a extraer de esta nueva reforma es que ya no cabría equiparar sin más los dos pilares intergubernamentales de Maastricht: amén del esencialmente supranacional que sería el comunitario, y del esencialmente intergubernamental que sería el correspondiente a la política exterior y de seguridad común, Ámsterdam habría convertido el concerniente a la cooperación policial y judicial en materia penal en un *tertium genus*, de carácter intergubernamental pero con presencia, al mismo tiempo, de peculiaridades supranacionales en los instrumentos de intervención y en los mecanismos de control jurisdiccional.

Sentado lo cual, el interrogante que se planteaba era cuál de los dos pilares en estado más puro, si el supranacional comunitario o el intergubernamental de la política exterior y de seguridad común, estaría llamado a ejercer una mayor *vis attractiva* sobre ese *tertium genus* (con otras palabras: si los rasgos supranacionales propios del tercer pilar tendrían una lectura en términos de potenciación hasta el punto de traducirse en distintivos de su personalidad, o si, por el contrario, serían objeto de interpretaciones restrictivas, convirtiéndolos en imperceptibles en el contexto de una balanza identitaria rigurosamente desequilibrada en favor de la intergubernamentalidad), decantándose el Tribunal de Justicia por una visión *pro communitate* en el *asunto Pupino (2005)*.

Lo que estaba en juego en dicho asunto, concerniente al alcance de determinados preceptos de una Decisión marco relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, era si, negada expresamente por el Tratado de la Unión la eficacia directa de las decisiones marco del tercer pilar, cabía o no admitir su eficacia interpretativa en los términos proclamados por el Tribunal para las directivas (en el ya referido *asunto Marleasing*). Y la respuesta dependía fundamentalmente de la visión que se tuviera acerca de naturaleza misma de las decisiones marco.

Así, una consideración de dicha naturaleza en términos de "actos de Derecho Internacional Público", como defendió el Gobierno británico (que, al igual que los Gobiernos italiano y sueco, todos ellos intervinientes en el proceso prejudicial, se esforzó por resaltar el carácter esencialmente intergubernamental de las decisiones marco), conduciría a reconocer que todos los órganos de los Estados miembros, incluidos los jurisdiccionales, tendrían la obligación de interpretar el Derecho nacional conforme a dichos actos, salvo (y aquí estaría el matiz esencial introducido por los británicos) que tal forma de interpretación debiera "quedar postergada frente a otras formas de interpretación, en función del Derecho nacional".

En cambio, sí que impondría una "interpretación conforme", según cánones comunitarios y desplazando otras formas de interpretación, un reconocimiento de la naturaleza *sui generis* de las decisiones marco, más próxima a las directivas que a los instrumentos internacionales de corte clásico, y presidida por el principio de cooperación leal.

Y en tal dirección se movió, precisamente, el razonamiento del Tribunal de Justicia.

Por un lado, resaltando las coincidencias frente a las diferencias en las respectivas definiciones por los Tratados CE y UE de las directivas y de las decisiones marco (haciendo hincapié en el carácter vinculante de ambos instrumentos y omitiendo cualquier referencia explícita a la expresa negación en el caso de éstas de la eficacia directa reconocida jurisprudencialmente a aquéllas). "Con independencia", declararía el Tribunal, "del grado de integración que el Tratado de Ámsterdam pretende que se alcance en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa en el sentido del artículo 1 UE, párrafo segundo, es perfectamente comprensible que los autores del Tratado de la Unión Europea hayan considerado necesario prever, en el Título VI de dicho Tratado [i.e., cooperación policial y judicial en materia penal], el

recurso a instrumentos jurídicos que produzcan efectos análogos a los previstos en el Tratado CE, con objeto de contribuir eficazmente a la consecución de los objetivos de la Unión".

Por otro lado, extendiendo el principio de cooperación leal al marco del tercer pilar: también frente a las alegaciones de los Gobiernos italiano y británico en el sentido de que, "a diferencia del Tratado CE, el Tratado UE no incluye ninguna obligación análoga a la establecida en el artículo 10 CE" (en el que se recoge el principio de cooperación leal), el Tribunal de Justicia sostuvo que el Tratado UE "constituye una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa y que la misión de la Unión, que tiene su fundamento en las Comunidades Europeas completadas con las políticas y formas de cooperación establecidas por dicho Tratado, consiste en organizar de modo coherente y solidario las relaciones entre los Estados miembros y entre sus pueblos"; y "sería difícil", concluyó, "que la Unión cumpliera eficazmente su misión si el principio de cooperación leal no se impusiera en el ámbito de la cooperación policial y judicial en matera penal".

De resultas de todo ello, el Tribunal declararía que "el órgano jurisdiccional nacional está obligado a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de [la] decisión marco".

Extensión a las decisiones marco, en definitiva, de la doctrina de la "interpretación conforme" elaborada en relación con las directivas, que reviste una notable importancia por cuanto:

1) conforme declararía el Tribunal de Justicia en el *asunto Pfeiffer (2004)*, "si bien el principio de interpretación conforme del Derecho nacional se refiere, en primer lugar, a las normas internas establecidas para adaptar el Derecho interno a la directiva de que se trate, no se limita, sin embargo, a la exégesis de dichas normas, sino que requiere que el órgano jurisdiccional nacional todo el Derecho nacional [i.e., "el conjunto del Derecho nacional"] para apreciar en qué medida puede éste ser objeto de una aplicación que no lleve a un resultado contrario al perseguido por la directiva";
2) según puntualizaría aún más el Tribunal en el *asunto Adeneler (2006)*, "a partir de la fecha de entrada en vigor de una directiva [i.e., partir de su publicación o de su fecha de notificación, según los casos], los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros deben abstenerse en la medida de lo posible de interpretar su Derecho interno de un modo que pueda comprometer gravemente, tras la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a la directiva, la realización del objetivo perseguido por ésta";
3) todo ello teniendo por lo demás en cuenta que en ocasiones el propio Tribunal de Justicia transforma en la práctica su discurso teórico, imponiendo en su fallo a jueces y tribunales nacionales una suerte de eficacia directa encubierta (de naturaleza reaccional) allí donde la interpretación conforme parecería haber encontrado el límite insalvable del *contra legem* (como sucedió, de hecho, tanto en *Marleasing* como en *Pupino*);
4) y también todo ello sin olvidar, a su vez, que los límites que, aparte del *contra legem*, encuentra esta doctrina de la "interpretación conforme" en el terreno de las directivas, se acrecientan, *ratione materiae*, en el de las decisiones marco (según declararía el Tribunal de Justicia en el *asunto Kolpinghuis Nijmegen, 1987*, "la obligación del juez nacional de tener presente el contenido de la directiva cuando interprete las correspondientes normas de su Derecho nacional está limitada por los principios generales de Derecho que forman parte del Derecho comunitario", puntualizando en el asunto *Procura della Repubblica, 1996*, que en "en lo que atañe, más concretamente, a un caso relativo al alcance de la responsabilidad penal derivada de una ley promulgada especialmente en ejecución de una directiva, debe precisarse que el principio que prohíbe aplicar la ley penal de manera extensiva en perjuicio del inculpado, principio que es corolario del principio de legalidad de los delitos y de las

penas y, en general, del principio de seguridad jurídica, se opone a que se incoen actuaciones penales por una conducta cuyo carácter reprensible no resulte claramente de la ley"; principio este "que forma parte de los principios generales comunes a los Estados miembros, y que ha sido consagrado asimismo en diferentes Tratados internacionales y, en particular, en el artículo 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales").

Continuando con la visión *pro integratione* del tercer pilar, el Tribunal de Justicia la extendería pocos meses después del *asunto Pupino* al entramado global de la Unión.

En efecto, asumido que el *asunto Pupino* habría realzado los rasgos supranacionales del tercer pilar sin llegar hasta el punto de descartar sus elementos intergubernamentales expresamente plasmados en el Tratado, el Tribunal de Justicia vino a reconocer en el *asunto sanciones penales medioambientales (2005)* una suerte de *vis attractiva* del primer pilar (y por tanto, de sus técnicas supranacionales de funcionamiento) a la hora de legislar sobre aspectos penales vinculados con políticas comunitarias, en detrimento de las bases jurídicas de intervención de la Unión propias del tercer pilar (y por tanto, de los elementos intergubernamentales subsistentes en éste).

Concretamente, el Tribunal, aun reconociendo que en principio sería la Unión (a través del tercer pilar), y no la Comunidad (en el contexto del primer pilar), la competente en materia penal, afirmaría que "esta constatación no es óbice para que el legislador comunitario adopte medidas relacionadas con el Derecho penal de los Estados miembros y que estime necesarias para garantizar la plena efectividad de las normas que dicte en materia de protección medioambiental, cuando la aplicación por las autoridades nacionales competentes de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias constituye una medida indispensable para combatir los graves atentados contra el medio ambiente".

Sentado lo cual, el Tribunal consideró que la obligación impuesta a los Estados miembros, a través de una Decisión marco (adoptada, pues, con fundamento en el tercer pilar), de prever sanciones penales para castigar las infracciones graves de la legislación medioambiental, en la medida en que tendría como objetivo y contenido principales la protección del medio ambiente, debería haberse basado en el Título XIX del Tratado CE (primer pilar), y no en el Título VI del Tratado UE (tercer pilar), procediendo a su anulación conforme había demandado la Comisión apoyada por el Parlamento Europeo.

Tal doctrina, que tendría un extraordinario eco entre las instituciones políticas europeas (cfr. en particular la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las consecuencias de la sentencia del Tribunal de 13.9.2005 dictada en el asunto C-176/03, así como el Informe del Parlamento al respecto, donde se analiza la manera de reconsiderar la base jurídica de otros textos legales europeos con el objetivo de ajustarlos al reparto de competencias entre el primer y el tercer pilar), es susceptible, además y con todo lo que ello conlleva, de ser extendida a las relaciones entre el primer y el segundo pilar (el cual, recordemos, está excluido de la jurisdicción del Tribunal de Justicia), habida cuenta de que el Tribunal ya admitió hace tiempo que su falta de jurisdicción sobre determinados actos de la Unión no se podría llevar hasta el extremo de negar su jurisdicción para controlar que dichos actos no invadan las competencias que las disposiciones del Tratado CE atribuyen a la Comunidad (*asunto tráfico aeroportuario, 1998*).

Volviendo sobre la visión *pro integratione* del tercer pilar, el Tribunal de Justicia perdería una buena oportunidad de profundizar en ella con ocasión de la polémica generada por la Decisión marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (conocida como "euro-orden").

En efecto, apenas un mes después de haber resaltado el Tribunal de Justicia en el *asunto Pupino* los aspectos supranacionales de las decisiones marco, el Tribunal Constitucional Federal

alemán, en su sentencia de 18 de julio de 2005 (dictada en el marco de un recurso de amparo y concerniente a la inconstitucionalidad de la ley alemana de ejecución de la Decisión marco sobre la "euro-orden"), subrayaría la naturaleza esencialmente intergubernamental de esas mismas normas, destacando que, "en cuanto formas de acción del Derecho de la Unión, las decisiones marco quedan fuera de la supranacional estructura decisoria propia del Derecho Comunitario", por lo que, al igual que el resto del Derecho -no comunitario- de la Unión, han recibido "conscientemente" el estatuto de "Derecho Internacional" (recordando a continuación que el principio democrático, en el marco del tercer pilar, descansaba no tanto sobre el Parlamento Europeo -limitado su papel en la elaboración normativa a dictaminar sin carácter vinculante- como sobre los Parlamentos nacionales; concretamente, sobre su labor de transposición).

El pronunciamiento final, declarando la inconstitucionalidad de la ley alemana de ejecución, se produjo, por lo demás, en un contexto en el que: 1) en España, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acordó en reciprocidad no autorizar la entrega de ciudadanos españoles a Alemania por el procedimiento de la euro-orden; y 2) el Tribunal Constitucional polaco ya había a su vez declarado la inconstitucionalidad de la ley polaca de ejecución (sentencia de 27 de abril de 2005; posteriormente haría lo propio con su correspondiente ley nacional el Tribunal Supremo de Chipre en su sentencia de 7 de noviembre de 2005, cuidándose todos ellos de no extender el juicio de inconstitucionalidad sobre la propia Decisión marco), decidiéndose finalmente la Corte de Arbitraje belga, ante la que también se discutía la ley de ejecución, por activar el mecanismo de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia que originaría la decisión de éste en el *asunto Advocaten voor de Wereld (2007)*.

Pese a tal panorama, y aun cuando el Abogado General (el español Dámaso Ruiz-Jarabo) no escatimó reflexiones en torno a "un debate de gran envergadura sobre las posibles colisiones entre las constituciones y el derecho de la Unión, en el que el Tribunal de Justicia ha de participar, asumiendo el protagonismo que le corresponde, para situar la interpretación de los valores y de los principios informadores de su ordenamiento en parámetros comparables a los que presiden las estructuras nacionales" (sosteniendo más adelante que frente al escenario propio de la "extradición", el de la "euro-orden" implicaba un "giro copernicano" por cuanto "en el seno de un sistema jurídico supranacional de integración, en el que los Estados, renunciando parcialmente a su soberanía, transfieren competencias a instancias ajenas, con capacidad de producción normativa. Esta aproximación, propia del primer pilar de la Unión, opera también en el tercero, intergubernamental pero con una evidente vocación "comunitaria", como lo ha demostrado la sentencia Pupino, trasladando a las decisiones marco categorías del primer pilar y alguno de los parámetros característicos de las directivas"), lo cierto es que el pronunciamiento del Tribunal de Justicia se limitó a constatar la validez de la Decisión marco sin profundizar en la naturaleza del tercer pilar más allá de determinadas aclaraciones en torno a la elección de la forma de intervención en su seno y de la tradicional proclamación de su sometimiento a los derechos fundamentales tal y como resultan del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, incluyendo también como fuente de inspiración la Carta de Niza.

Más preocupante resulta, no obstante, la aproximación que unos meses antes hizo el Tribunal de Justicia en el asunto Segi e. a. a la cuestión de la responsabilidad extracontractual de la Unión en el marco del tercer pilar, vinculada al problema más general de la inexistencia, tal y como expresamente reconoció el propio Tribunal de Justicia en el asunto Pupino, de "un sistema completo de recursos y de procedimientos destinado a garantizar la legalidad de los actos de las instituciones en el marco de dicho Título VI".

Comenzando por esta última afirmación, reiterada en Segi e a. ("es cierto que, en el contexto de la Unión, los Tratados han establecido un sistema de medios de impugnación en el que las competencias del Tribunal de Justicia son menores en el marco del título VI del Tratado de la Unión Europea que con arreglo al Tratado CE. Y todavía son menores en el marco del título V"), recordemos que la apertura de las Constituciones nacionales a la integración europea en virtud de la "doctrina de la equivalencia" dependía, en esencia, de la capacidad del sistema jurídico de la Unión para situar la interpretación de sus propios valores y principios constitucionales bajo parámetros comparables a los que presidirían la interpretación de los valores y principios de los ordenamientos constitucionales nacionales.

Y tal capacidad, a su vez, dependía en gran medida de la existencia de una sólida y completa arquitectura jurisdiccional, en el nivel europeo, apta para velar por el debido respeto de tales valores y principios (incluidos los derechos fundamentales). Con palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el citado asunto Bosphorus, "la efectividad de las garantías sustantivas de los derechos fundamentales, depende de los mecanismos de control previstos para asegurar la observancia de dichos derechos". O con palabras del Abogado General (el italiano Paolo Mengozzi) en el propio *asunto Segi e.a.*: "La Unión se basa en el principio del Estado de Derecho y en el respeto de los derechos fundamentales. El Estado de Derecho no es tanto el basado en las normas y en la proclamación de los derechos, sino el que se funda en mecanismos que permiten hacer respetar las normas y los derechos (ubi ius ibi remedium)".

Así las cosas, ¿qué decir de esta capacidad de la arquitectura jurisdiccional europea cuando nos trasladamos del terreno comunitario al del tercer pilar?

Por lo pronto, que el sistema jurisdiccional diseñado por el Título VI del Tratado UE no prevé en ningún caso el acceso directo de los particulares a Luxemburgo.

Ya vimos cómo la dificultad (que no imposibilidad) de dicho acceso directo, en el marco del pilar comunitario, se había visto en gran medida compensada por la potenciación de las vías indirectas de control representadas por la excepción de ilegalidad y, sobre todo, la cuestión prejudicial, traída a colación tanto por el Tribunal de Justicia como incluso por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para superar las exigencias derivadas de la tutela judicial efectiva y, en el caso de este último, considerar la protección dispensada por el sistema comunitario como equivalente a la dispensada por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Sucede, sin embargo, que la referida compensación se ve debilitada en el marco de un tercer pilar en el que, como vimos, admitiéndose la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia para pronunciarse sobre la validez y la interpretación del sistema, se supedita dicha competencia a su aceptación por cada Estado, la cual deberá en su caso especificar qué órganos jurisdiccionales nacionales podrán dirigirse a Luxemburgo con carácter facultativo (si todos ellos, o sólo aquellos cuyas decisiones no fueran susceptibles de ulterior recurso en Derecho interno).

Además, quedan excluidas de la competencia prejudicial las posiciones comunes (que definen el enfoque de la Unión sobre un asunto concreto).

Por otro lado, y como recuerda el Tribunal de Estrasburgo refiriéndose siempre al primer pilar, no hay que olvidar que "los recursos interpuestos ante el Tribunal de Justicia por las Instituciones comunitarias o por un Estado miembro constituyen un importante control sobre el cumplimiento de las normas comunitarias que beneficia indirectamente a los individuos", a lo que debe añadirse la posibilidad abierta a éstos de "recurrir a una acción por daños ante el Tribunal de Justicia en el marco de la responsabilidad extracontractual de las Instituciones".

Pues bien, el artículo 35 del Tratado UE no prevé en el marco del tercer pilar ni un recurso por responsabilidad extracontractual como hace el artículo 288 del Tratado CE, ni un recurso por omisión como hace el artículo 232 del Tratado CE; y con relación al control directo de legalidad,

a modo del recurso de anulación ex artículo 230 del Tratado CE, el plasmado en el artículo 35 del Tratado UE ni comparte la amplitud en términos de legitimación activa de aquél (limitándola a la Comisión y a los Estados miembros), ni alcanza a toda la actividad de la Unión en el marco del tercer pilar (al limitarse el control a las decisiones y las decisiones marco).

Por lo que respecta, en fin, al control de la actividad nacional cubierta por el radio de acción del tercer pilar, no se prevé un recurso por incumplimiento similar al del artículo 226 del Tratado CE ni una potestad del Tribunal de Justicia a los efectos de hacer cumplir sus sentencias a modo de la prevista en el artículo 228, al tiempo que se debilita en los términos vistos la competencia prejudicial interpretativa del Tribunal (vía indirecta, pero vía por excelencia, de velar por el debido respeto del Derecho comunitario por los Estados miembros).

Con este trasfondo, y volviendo sobre el asunto Segi e.a., el Tribunal de Justicia llevó a cabo cierto reforzamiento del control judicial en el marco del tercer pilar al abrir el mismo bajo, ciertas condiciones, a las "posiciones comunes".

Así, tras afirmar que "una posición común no está llamada a producir, por sí misma, efectos jurídicos frente a terceros" (limitándose a "obligar a los Estados miembros a atenerse a ella en virtud del principio de cooperación leal, que supone concretamente que los Estados miembros han de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo al Derecho de la Unión Europea"), justificando por ello la exclusión de su competencia para conocer de las mismas vía recurso de anulación o cuestión prejudicial de validez, el Tribunal de Justicia trajo a colación su doctrina comunitaria acerca de su competencia para controlar "disposiciones adoptadas por el Consejo, con independencia de su naturaleza o de su forma, dirigidas a producir efectos jurídicos frente a terceros", para concluir sosteniendo que "debe poder someterse al control del Tribunal de Justicia una posición común que, por su contenido, tiene un alcance que excede el que atribuye el Tratado UE a este tipo de acto".

No se vio capaz el Tribunal de Justicia, sin embargo, de superar las insuficiencias del tercer pilar en lo concerniente a la responsabilidad extracontractual, sosteniendo que "corresponde, en su caso, a los Estados miembros, con arreglo al artículo 48 del Tratado UE, reformar el sistema actualmente en vigor".

Ante el evidente riesgo que suponía dejar indefensos a los ciudadanos, en términos de indemnización, frente a los daños y perjuicios que les hubiera podido ocasionar el poder público europeo, el Tribunal de Justicia optó por la salida de descartar tal indefensión, trasladando la responsabilidad al escalón nacional de manera bastante discutible cuanto menos en lo concerniente a su parca motivación: "Por último", señaló, "es preciso recordar que incumbe a los Estados miembros y, en concreto, a sus órganos jurisdiccionales interpretar y aplicar las normas procesales internas que regulan la interposición de los recursos de modo que permitan a las personas físicas y jurídicas impugnar judicialmente la legalidad de cualquier resolución o de cualquier otra medida nacional que les afecte relativa a la elaboración o a la aplicación de un acto de la Unión Europea y solicitar, en su caso, la reparación del perjuicio sufrido".

Solución ésta escasamente motivada que, como señalaba, se me antoja harta discutible por cuanto:

1) resulta difícil aceptar sin mayores matizaciones el control de legalidad sobre actividad pública de trámite y no definitiva (como son los actos nacionales relativos "a la elaboración" de actos de la Unión), máxime cuando el Tribunal de Justicia descarta la impugnabilidad de los propios actos comunitarios encuadrados en un procedimiento de elaboración de disposiciones generales (por ejemplo, *asunto proyecto de presupuesto comunitario, 1988*) o actos administrativos (por ejemplo, *asunto IBM v. Comisión, 1981*) (sin perjuicio de que las irregularidades habidas durante la

tramitación puedan, no obstante, ser invocadas al discutir la legalidad del acto o disposición definitiva; y sin perjuicio también de la apertura de la legitimación frente a actos de trámite que pudieran producir indefensión, nada de lo cual se traslada al razonamiento del Tribunal en *Segi*);

2) resulta asimismo difícil aceptar también sin matizaciones el traspaso de la responsabilidad a unos Estados miembros que, llegado el caso (aun admitiendo el amplio margen de maniobra del que en principio gozan los Estados en el contexto del tercer pilar, como reconoció concretamente el Tribunal en relación con la "euro-orden"), pueden estar ejecutando actos de la Unión en términos reglados (el Tribunal en ningún momento se plantea siquiera la posibilidad de una repercusión -de la indemnización otorgada por el Estado declarado responsable- sobre la Unión o los demás Estados miembros);

3) resulta aún más difícil aceptar, en fin, la doctrina de un Tribunal que asume la inexistencia de responsabilidad extracontractual de las instituciones de la Unión cuando ese mismo Tribunal construyó literalmente, en el marco del pilar comunitario y en ausencia de previsiones al respecto en el Tratado, un régimen de responsabilidad extracontractual de los Estados miembros derivada de infracciones del Derecho comunitario (responsabilidad que alcanza a todos los poderes del Estado: desde el legislador *-asunto Brasserie du Pêcheur, 1996-* hasta el juez *-asunto Köbler, 2003-*, pasando por declaraciones de funcionarios de la Administración *-asunto AGM-COSMET, 2007-*), argumentado al respecto que la responsabilidad extracontractual no sería sino la expresión de un "principio general" que pone de manifiesto "la obligación de los poderes públicos de indemnizar los daños causados en el ejercicio de sus funciones" (*asunto Brasserie du Pêcheur*), y que la propia Carta de Niza consagraría como derecho fundamental de la Unión, concretamente como variante del derecho fundamental a una buena administración recogido en el artículo 41 (sin que resulte ocioso advertir al respecto que el Tribunal maneja la Carta como fuente privilegiada de inspiración también en el marco del tercer pilar: *asunto Advocaten voor de Wereld*, ya citado).

Sea como fuere, lo cierto es que, asumida por el Tribunal de Justicia la inexistencia de "un sistema completo de recursos y de procedimientos destinado a garantizar la legalidad de los actos de las instituciones en el marco de dicho Título VI", la consecuencia no parece ser otra que la inexistencia en dicho marco de la premisa que sustenta la "doctrina de la equivalencia" y, por tanto, de las condiciones necesarias para eludir un control de la actividad de desarrollo de dicho pilar bajo estrictos parámetros constitucionales internos; ello, además, en un terreno, como es el del tercer pilar, especialmente proclive, ratione materiae, a incidir sobre cuestiones concernientes al contenido y límites de muchos derechos fundamentales (tutela judicial efectiva; ne bis in idem; libertad personal; *nullum crimen, nulla poena sine lege*, etc.).

Es más, quizás cabría entender la actitud del Tribunal Constitucional Federal alemán en su referida sentencia sobre la euro-orden en clave pro-europeísta, esto es, de exigencia de potenciación del espíritu supranacional en el marco del tercer pilar que, a modo de lo que ha sucedido con el pilar comunitario, permitiría el pleno juego de la "doctrina de la equivalencia"; lo que, en última instancia, escondería un auténtico respaldo a la filosofía que inspiró el fallido Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y que el futurible Tratado de Lisboa mantiene, habida cuenta de su inequívoca vocación de asumir el método comunitario como inspirador del quehacer de la Unión Europea.

No esconde tal respaldo, desde luego, el propio Tribunal de Justicia, que, volvamos a recordar, declaró en el asunto Segi e a.: "Es cierto que, en el contexto de la Unión, los Tratados han establecido un sistema de medios de impugnación en el que las competencias del Tribunal de Justicia, en virtud del artículo 35 UE, son menores en el marco del título VI del Tratado de la Unión Europea que con arreglo al Tratado CE (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de junio

de 2005, Pupino, C?105/03, Rec. p. I?5285, apartado 35). Y todavía son menores en el marco del título V. Aun cuando quepa pensar en un sistema de medios de impugnación y, en concreto, en un régimen de responsabilidad extracontractual distinto del instaurado por el Tratado, corresponde, en su caso, a los Estados miembros, con arreglo al artículo 48 UE, reformar el sistema actualmente en vigor".

Y con mayor claridad aún, su Abogado General: "Debe señalarse que, conforme al régimen previsto por el Tratado que establece una Constitución para Europa, aún no ratificado por todos los Estados miembros, en un caso como el de autos el particular tendría en cambio la posibilidad de ejercer ante el juez comunitario ya un recurso de anulación (artículo III?365, también aplicable a los actos de la Unión adoptados en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal), ya un recurso de indemnización por daños contra la Unión (artículos III?370 y III?431, párrafo segundo)". "Admito", concluye en sus observaciones finales, "que la solución de la competencia de los jueces nacionales para conocer de recursos por indemnización de daños como los interpuestos en los casos de autos presenta inconvenientes en lo que respecta a la aplicación uniforme del Derecho de la Unión y, por tanto, de seguridad jurídica. Estos inconvenientes deberían resolverse mediante una oportuna ampliación de las competencias del Tribunal de Justicia cuando se revisen los tratados actualmente vigentes, como la realizada en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Mientras tanto, en relación con dichos inconvenientes, ha de observarse que, especialmente en materia de protección de los derechos fundamentales, es siempre preferible un grado de "incerteza" del derecho a la certeza del "no derecho"".

4. La experiencia europea en los sistemas suramericanos de integración regional, y las posibilidades de una inspiración inversa

Si incertidumbre puede generar en Europa la negación de la responsabilidad extracontractual de las instituciones de la Unión en el marco del tercer pilar, no poca sorpresa puede causar allende los mares, concretamente en sistemas de integración que, como es el caso del MERCOSUR y, sobre todo, de la Comunidad Andina, utilizan el sistema europeo, incluida la doctrina del Tribunal de Justicia, como fuente especialmente cualificada de inspiración.

En efecto, coincidiendo prácticamente en el tiempo con el asunto Segi (resuelto por Sentencia de 27 de febrero de 2007), el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina abordó, en una importante Providencia de 21 de marzo de 2007, la espinosa cuestión del reconocimiento de la responsabilidad extracontractual de las instituciones andinas en ausencia de una expresa previsión al respecto en el Acuerdo de Cartagena.

Recordemos que el sistema andino, a la inversa de lo que sucede en el ámbito comunitario, sí que contempla la cuestión de la responsabilidad de los Estados miembros por los daños y perjuicios ocasionados a los particulares como consecuencia de la infracción por aquellos del ordenamiento jurídico andino, guardando en cambio silencio, como señalaba, en lo concerniente a la responsabilidad de las propias instituciones andinas.

La cuestión sería abordada por el Tribunal de Quito, bien que a modo de obiter dictum, en su Sentencia de 17 de noviembre de 2006, en el marco de una acción de nulidad ejercitada por una empresa contra determinadas Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina. En dicha sentencia (que desestimaría la demanda de nulidad) y en lo que aquí interesa, el Tribunal declaró que "la Secretaría General está obligada a cumplir con los plazos que establece la norma y, por tanto, sería responsable por los daños y perjuicios que su demora pudiera haber ocasionado a la parte afectada", insistiendo más adelante en que "la Secretaría General está

obligada a cumplir con los plazos que establece la norma y es responsable por los daños y perjuicios que pueda haber ocasionado con su retraso".

No tardaría el Tribunal de Justicia en profundizar sobre la cuestión, ante la solicitud de ampliación y aclaración del proceso presentada por la Secretaría General; y así, en su mencionada Providencia de marzo de 2007, tras descartar que el pronunciamiento contenido en la parte considerativa de la Sentencia de noviembre constituyera vicio de incongruencia por extra petita (distinguiendo el Tribunal al respecto entre ratio decidendi y obiter dictum), abordó las preguntas formuladas por la Secretaría en los siguientes términos:

"1. Al realizar las citadas consideraciones, ¿el Honorable Tribunal se refería a una eventual responsabilidad extracontractual futura de la Secretaría general, es decir, a partir del momento en que el ordenamiento jurídico comunitario contemple la responsabilidad extracontractual emergente de los actos de los órganos del Sistema Andino de Integración?

2. En caso de que el Honorable Tribunal, a pesar de no existir previsión alguna en el ordenamiento jurídico comunitario, considerarse que la Secretaría General podría ser extracontractualmente responsable, ¿tal responsabilidad operaría en caso de que las Resoluciones 800 y 837 hubiesen sido declaradas nulas, o el hecho de que se desestimara la demanda de nulidad interpuesta por EGAR S.A. no perjudica una eventual acción de reparación de daños y perjuicios sobre actos (Resoluciones 800 y 837) que gozan del principio de presunción de legalidad?".

El Tribunal de Justicia, tras recordar que en el ordenamiento jurídico andino resultaban aplicables "las normas que son comunes en las legislaciones nacionales de los Países Miembros y que no son sino la correcta aplicación de los principios fundamentales del Derecho comunitario que, como es sabido, se ha construido, fundamentalmente, por vía pretoriana, con las sentencias expedidas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", contestó que el incumplimiento de los deberes derivados de la normativa andina o su cumplimiento tardío conllevaba responsabilidad "frente a los particulares", la cual surgiría "del mismo espíritu de la integración sin necesidad de que expresamente se hubiese consagrado en una norma", de modo que "el hecho de que no exista en el ordenamiento jurídico comunitario una vía prevista para reclamar respecto de una "declaración de responsabilidad", no es óbice para que ésta pueda, eventualmente, ser reclamada ante la jurisdicción comunitaria".

Y remató: "Este Tribunal declara que no es necesario que conste de manera expresa en el ordenamiento jurídico comunitario la responsabilidad que pudiera sobrevenir a las Instituciones comunitarias por actos u omisiones en el ejercicio de sus facultades, toda vez que no se podría distinguir entre la situación de los Países Miembros que sí responden frente a terceros por dichas acciones u omisiones, con las Instituciones comunitarias".

No es la responsabilidad extracontractual del poder público, ni mucho menos y siguiendo con nuestro discurso, un ejemplo aislado de inspiración del sistema andino en el sistema europeo, particularmente a la luz de la doctrina del Tribunal de Luxemburgo. Baste con traer a colación las palabras del Tribunal de Quito en su Sentencia de 3 de diciembre de 1987, en la que puede leerse: "En cuanto a los métodos de interpretación que debe utilizar el Tribunal, ha de tenerse presente la realidad y características esenciales del nuevo Derecho de la Integración y la importante contribución que en esta materia tiene ya acumulada la experiencia europea, sobre todo por el aporte de la jurisprudencia de la Corte de Justicia, Tribunal único de las Comunidades Europeas, en la aplicación de este Derecho, que se está haciendo constantemente en beneficio de la construcción comunitaria, sin perder de vista el fin permanente de la norma".

Esta inspiración en el sistema europeo, por lo demás, no se traduce en una importación irreflexiva de principios y técnicas jurídicas, manteniendo el Tribunal como propios del sistema andino rasgos ajenos a los configurados por el Tribunal europeo de Justicia.

Valga como simple botón de muestra el mecanismo de la cuestión prejudicial, en relación con el cual el Tribunal de Quito, que tanto se ha inspirado en la doctrina de Luxemburgo, descarta por el momento la posible entrada en juego de la antes referida doctrina del "acto aclarado" en un intento de potenciar al máximo el efectivo planteamiento de cuestiones prejudiciales por los jueces nacionales, a lo que coadyuva el hecho de que una vez formulada la cuestión, ésta obtenga respuesta del Tribunal en un plazo, a lo sumo, de dos meses (frente al más de año y medio de la prejudicialidad europea). La Sentencia de 10 de agosto de 2005 resume el estado de la jurisprudencia del Tribunal al respecto en los siguientes términos: "Los órganos judiciales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso en derecho interno -o si sólo fueran procedentes recursos que no permitan revisar la norma sustantiva comunitaria (Sentencia del 3 de diciembre de 1987, emitida en el expediente 01-IP-87, caso "Aktiebolaget VOLVO"; publicada en la G.O.A.C. Nº 28, de 15 de febrero de 1988)- están obligados, en todos los procesos en que deba aplicarse o se controvierta una norma comunitaria, a solicitar la interpretación prejudicial, incluso cuando ya exista un pronunciamiento anterior del Tribunal sobre la cuestión debatida (Sentencia del 24 de noviembre de 1989, emitida en el expediente 07-IP-89, caso patente de invención solicitada por CIBA-GEIGY A.G., publicada en la G.O.A.C. Nº 53, del 18 de diciembre de 1989) o sobre casos similares o análogos (Caso "Aktiebolaget VOLVO", ya citado)".

Menos eco que en la Comunidad Andina ha tenido hasta el momento la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo en el MERCOSUR, siendo escasos los laudos arbitrales que en el marco del Protocolo de Brasilia se han referido a la misma.

Lo cual, dicho sea de paso, no implica que la experiencia europea haya sido por completo ajena al quehacer de los Tribunales arbitrales ad hoc.

Baste con traer a colación el mismísimo I Laudo, de 28 de abril de 1999 (asunto "medidas restrictivas al comercio recíproco"), en el que la doctrina europea elaborada a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia estuvo muy presente a la hora de asumir el enfoque teleológico y el concepto de efecto útil como guías concretas para la interpretación de un proceso de integración como el MERCOSUR (habida cuenta, afirmó el Tribunal arbitral, de que valdrían "no sólo para las formas institucionales más avanzadas y profundas con elementos de supranacionalidad sino también para las demás, incluso cuando los parámetros son todavía tenues").

En todo caso, las escasas referencias en los laudos a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo tienen su razón de ser, conectada con la naturaleza misma de un sistema de integración, como el mercosureño, firmemente asentado en pilares intergubernamentales tanto en lo concerniente al proceso de decisión como en lo relativo a la solución de controversias (sin que deba olvidarse que el artículo 19 del Protocolo de Brasilia, al establecer el Derecho aplicable a las controversias, incluía, junto con la normativa MERCOSUR, "los principios y disposiciones de Derecho Internacional").

No obstante, y por lo que respecta al funcionamiento del sistema de solución de controversias, parece que la creación del Tribunal Permanente de Revisión y, sobre todo, la incorporación al sistema del mecanismo de la opinión consultiva, inspirado en parte en la cuestión prejudicial comunitaria, puede llegar a implicar una mayor atención a la doctrina del Tribunal de Justicia europeo.

De hecho, así ha sucedido con la primera Opinión Consultiva del Tribunal Permanente de Revisión, emitida el 3 de marzo de 2007 a instancias del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno de la Jurisdicción de Asunción (Paraguay).

Permítaseme reproducir in extenso el razonamiento del Tribunal (caóticamente expuesto, hay que reconocer, a través de las opiniones de cada uno de sus miembros) al abordar la naturaleza

y el objetivo de la opinión consultiva, adelantando ya la declaración adoptada por voto unánime en la parte resolutiva, según la cual: "Las Opiniones Consultivas peticionadas por los órganos judiciales nacionales deben ser consideradas como peticiones prejudiciales consultivas, a la fecha aun no vinculantes. En las mismas, le cabe al TPR interpretar el Derecho de Integración mercosureño, siendo la aplicación de tal interpretación del Derecho nacional exclusiva competencia jurisdiccional de tales órganos judiciales consultantes".

Destaca al respecto la argumentación del Miembro Coordinador de la Opinión, el paraguayo Wilfrido Fernández, en la que comienza por destacar que "el sistema de interpretaciones prejudiciales, por la naturaleza de su función, obviamente debe ser obligatorio para los jueces que se enfrentan a la aplicación de normas comunitarias, cuando éstos fueren de única o última instancia en la causa en cuestión; y opcional para que aquellos magistrados nacionales que se encuentran con la necesidad de aplicación de tal tipo de normas, cuando éstos no fueren de única o última instancia en la causa en cuestión. Aunque con matices diferentes, este es el sistema prevalente tanto en la Comunidad Andina como en la Unión Europea, dos procesos de integración con mucho mejor desarrollo institucional que el nuestro. La única diferencia es que en la Unión Europea se aplican las teorías del acto claro y del acto aclarado para eximir excepcionalmente a los magistrados nacionales de la obligación de la remisión de la opinión consultiva. A nuestro entender el sistema vigente en la Comunidad Andina es el más apropiado, no sólo para nuestra realidad mercosureña sino para nuestra realidad latinoamericana en general. Primero, porque dada nuestra realidad coadyuva mejor a la concienciación de los órganos judiciales nacionales sobre la importancia de la interpretación prejudicial en el marco del Derecho Comunitario (o Derecho de la Integración), y segundo, porque si bien a riesgo de ser innecesariamente repetitivo, proporciona sin embargo al tribunal comunitario la oportunidad de evolucionar y modificar sus propios criterios anteriores. El Derecho es y debe ser siempre evolutivo".

En nuestro régimen actual", continúa Wilfrido Fernández, "lamentablemente la mal llamada opinión consultiva no es obligatoria en las circunstancias precedentemente esbozadas, ni mucho menos vinculante para el juez nacional consultante. En primer término, es característica de todo tribunal su imperatividad; pero mucho más que ello, con un sistema no obligatorio ni vinculante respecto al magistrado nacional, se desnaturaliza por completo el concepto, la naturaleza y el objetivo de lo que debe ser un correcto sistema de interpretación prejudicial. Ello atenta principalmente con el objetivo de la consulta del juez nacional en el ámbito de un proceso de integración, que es lograr la interpretación de la norma comunitaria de manera uniforme".

Y tras traer a colación no sólo el sistema andino y el europeo, sino también el centroamericano y el caribeño, y deducir que el modelo del MERCOSUR "no tiene parangón en el Derecho Comparado", concluye: "Teniendo en cuenta lo previsto en el Art. 1 de la reciente Decisión CMC Nº 09/07, a cuyo tenor el CMC instruye "al Grupo de Alto Nivel para la Reforma Institucional del MERCOSUR ... a elaborar y someter al Consejo del Mercado Común, antes de fines de junio de 2007, ajustes al Protocolo de Olivos en base a las propuestas de los Estados Partes", instamos muy respetuosamente a que en un futuro cercano, las autoridades pertinentes mejoren las características, hoy día ya absolutamente uniformes en el Derecho Comparado en cuanto al carácter obligatorio del planteo de la consulta, así como en cuanto al carácter vinculante de la respuesta de este TPR".

Por su parte, los Árbitros José Moreno Ruffinelli (Paraguay) y Joao Grandino Rodas (Brasil), argumentaron en los siguientes términos: "El MERCOSUR constituye aún hoy un proceso de integración marcado por el accionar intergubernamental. No obstante ello, el Derecho del MERCOSUR "necesita" no quedar sujeto al albur de lo que establezcan las normas nacionales

de los Estados Partes. Esa y no otra es la filosofía de la decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en "Costa c. ENEL", dictada cuando la Comunidad Económica Europea había apenas comenzado y no había indicios tan claros de que se llegaría a la supremacía del Derecho comunitario. El TJCE señaló que no hay otra forma posible de hacer funcionar la Comunidad y de hacer respetar las obligaciones asumidas por los Estados que colocar el Derecho emanado del bloque en otro nivel diferente. La supranacionalidad -como superación de lo intergubernamental- es un término a veces ambiguo. No obstante, el mismo hecho -entre otros- de que los Estados se hayan comprometido a respetar las decisiones de las controversias sometidas al TPR ya crea, en cierto sentido, un marco de supranacionalidad. Las opiniones consultivas, si bien no son vinculantes para el juzgador nacional, constituyen un formidable instrumento de armonización, contribuyendo así, de manera efectiva, a la atmósfera de supranacionalidad que debe impregnar como aspiración al avance de todo proceso de integración".

Por ello, concluyen en relación con la consulta planteada, "corresponde fijar algunas precisiones generales muy importantes como pautas interpretativas para éste y otros casos análogos que pudieran presentarse dentro del bloque".

A la influencia que a raíz de esta primera Opinión Consultiva pueda comenzar a tener la cuestión prejudicial comunitaria en la configuración y perfeccionamiento de las "interpretaciones prejudiciales consultivas" mercosureñas, cabe además añadir las posibilidades que empieza a ofrecer la jurisprudencia de Luxemburgo en otros contextos que podrían considerarse, asimismo y aun salvando las distancias, parangonables con el MERCOSUR, como es la producida en el terreno del segundo y del tercer pilar de la Unión Europea.

Por poner un ejemplo, creo que puede resultar perfectamente extrapolable al MERCOSUR la doctrina de la "interpretación conforme" afirmada por el Tribunal europeo, según vimos, en el ámbito del tercer pilar (asunto Pupino), pese a la negación de la eficacia directa de los instrumentos en su marco adoptados y aun ausencia en el mismo de una proclamación expresa del principio de cooperación leal.

En efecto, recordemos que entre los argumentos manejados por el Tribunal de Justicia para admitir dicha doctrina en el tercer pilar, figuran: 1) el hecho de que "el artículo 34 UE, apartado 2, letra b), confiere carácter vinculante a las decisiones marco en el sentido de que éstas "obligarán" a los Estados miembros "en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios""; 2) el hecho de que la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia en el marco del tercer pilar "se vería privada de la esencia de su efecto útil si los particulares no tuvieran derecho a invocar las decisiones marco a fin de obtener una interpretación conforme del Derecho nacional ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros"; y 3) la dificultad de admitir "que la Unión cumpliera eficazmente su misión si el principio de cooperación leal, que supone concretamente que los Estados miembros han de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo al Derecho de la Unión Europea, no se impusiera también en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal".

Pues bien, en lo que concierne al "principio de obligatoriedad" de la normativa del MERCOSUR para los Estados miembros, por mucho que ésta carezca de eficacia directa, recordemos que varios laudos arbitrales han admitido su plena vigencia en el sistema del MERCOSUR. Y otro tanto cabe decir de los principios de "cooperación leal" y del "efecto útil".

Pero no sólo la experiencia europea puede y debe servir para consolidar e intensificar los sistemas de integración en Latinoamérica. Antes al contrario, también la Unión Europea debería prestar atención al desarrollo de éstos, a los efectos de tener en cuenta posibles elementos con

los que perfeccionar y enriquecer un modelo que hace gala desde sus orígenes de un dinamismo en constante evolución.

Volvamos a este respecto sobre el discurso que ya adelantaba acerca de la comunidad de valores y principios que preside el marco constitucional múltiple y dialéctico en el que se encuadra la Unión Europea: múltiple, por cuanto el propio Tratado, como vimos, reconoce ya en su Preámbulo y ratifica en su articulado que "la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros", convirtiendo así a los propios textos constitucionales nacionales, indirectamente, en parte de una suerte de "bloque de constitucionalidad europea", al tiempo que dichos textos, en donde radica la cesión de soberanía que sustenta a la Unión, muestran por su parte una recíproca apertura hacia la integración que cuanto menos se traduce, sin renunciar a su supremacía última, en flexibilizar su lectura en términos pro integratione, en el marco de una Unión Europea a cuyo ordenamiento jurídico vienen los Tribunales Constitucionales (o en su caso Supremos) a reconocer, más claramente en el terreno del pilar comunitario que en el de la PESC y la CPJP, una suerte de presunción genérica de constitucionalidad al compartir unos mismos principios y valores esenciales capaces de hacerse efectivos a través de equivalentes sistemas de protección jurisdiccional; y dialéctico, por cuanto exige el constante intercambio de argumentos entre, en última instancia, los intérpretes supremos de la pluralidad de textos que integran el referido marco constitucional, a saber, el Tribunal de Justicia y los Tribunales Constitucionales (o similares) de los Estados miembros.

Pues bien, si se asume, como creo que debe hacerse, dicho discurso "interconstitucional", parece obvia la necesidad de facilitar y en su caso potenciar el flujo de ideas entre los referidos intérpretes supremos implicados, cuanto menos en un contexto "informal" (institucionalmente hablando); contexto este en el que Italia ha destacado particularmente con los Seminarios de jueces constitucionales celebrados en el Palazzo della Consulta, alimentando el debate desde una modestia compartida, pero rico al mismo tiempo en intensos intercambios de opiniones acerca de la manera de entender la integración.

Tales encuentros, eventualmente celebrados en otros foros y con resultados igualmente enriquecedores (baste como ejemplos el XII Congreso de la Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, o la Conferencia Internacional celebrada en Bled en 2004 y dedicada a "La posición de los Tribunales Constitucionales en el marco de la integración europea"), podrían quizás llegar a formalizarse, tal y como ha sucedido en el MERCOSUR y en la Comunidad Andina.

En efecto, por lo que respecta al MERCOSUR, se acordó solemnemente en virtud de la Carta de Brasilia, suscrita en noviembre de 2004 en el marco del II Encuentro de Presidentes de las Cortes Supremas de los Estados Partes del Mercosur y Asociados, "institucionalizar, en Brasilia, el Foro Permanente de Cortes Supremas del MERCOSUR para cuestiones jurídicas de relevancia relacionadas con la integración latinoamericana en general y la mercosureña en particular".

A dicho Encuentro, así como a lo sucesivos, también asistieron como invitados miembros del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, el cual no dudó en dejar "expresa constancia", por boca de su Miembro Coordinador en la primera Opinión Consultiva, de que varios representantes de las Cortes Supremas de Justicia del MERCOSUR se habrían pronunciado, "con ocasión de las diversas reuniones anuales del Foro Permanente de Cortes Supremas del MERCOSUR y Asociados, llevadas a cabo actualmente en Brasilia en la sede del Supremo Tribunal Federal" en un sentido favorable a mejorar las características del mecanismo consultivo (concretamente y como ya vimos, "en cuanto en cuanto al carácter obligatorio del

planteo de la consulta, así como en cuanto al carácter vinculante de la respuesta del Tribunal Permanente de Revisión").

Siguiendo el ejemplo de Foro de Brasilia, la Comunidad Andina convocaría en 2005 el I Encuentro de Magistrados de las Cortes Supremas de los Países de la CAN y del MERCOSUR, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, que tuvo por objetivo "consultar el juicio de sus participantes sobre la conveniencia de activar espacios de reflexión jurídica conjunta, dirigidos a facilitar la participación temprana de las Magistraturas de la CAN y del MERCOSUR en la tarea común de contribuir al desarrollo de un espacio sudamericano integrado", y en cuyo contexto, siguiendo el modelo de la Carta de Brasilia, se adoptó la Declaración de Arequipa.

Incluso descendiendo al más concreto terreno normativo, pueden también encontrarse recientes ejemplos de posible interacción, en ambas direcciones, entre los sistemas latinoamericanos de integración y el sistema europeo.

Es el caso del reciente Dictamen emitido por el Tribunal de Justicia andino con ocasión de la Reforma de su Estatuto, cuya aproximación a la cuestión del control indirecto sobre las normas comunitarias, inspirado en el sistema jurisdiccional europeo, presenta notables mejoras si comparado con éste.

Así, al abordar la denominada "excepción de inaplicación", el Dictamen del Tribunal, además de aportar coherencia en el sentido de esclarecer que la misma puede tener su origen bien en un litigio ante un juez nacional (si es nacional el acto de aplicación de la disposición general comunitaria), bien en un litigio ante el propio Tribunal de Justicia, en el marco de procesos de los que esté conociendo (por ejemplo, en acciones de nulidad planteadas contra actos comunitarios de aplicación de disposiciones generales igualmente comunitarias, cuya compatibilidad con otras de rango superior es la que se pone en tela de juicio), "potencia", según sus propias explicaciones, "el principio de seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico andino, clarificando su alcance a los ciudadanos y a los operadores jurídicos".

"En efecto", aclara el Tribunal, "en la versión actual del Estatuto y en la que deriva del Proyecto sometido a consulta, una vez que el Tribunal constata la ilegalidad de una disposición de carácter general, la pura inaplicación al caso concreto no conlleva la depuración de la disposición en cuestión. Ello genera incertidumbre en todos los operadores jurídicos: los funcionarios, en principio, están obligados a aplicarla mientras no sea formalmente eliminada del ordenamiento andino; a su vez, los particulares afectados, en el mejor de los casos, esto es, suponiéndoles conocedores de la inaplicación de la disposición en un supuesto anterior, se verán arrastrados a abrir un proceso contra los actos nacionales de aplicación de una disposición cuya ilegalidad ya ha sido constada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (con lo que ello conlleva en términos de costes y de tiempo), para provocar una nueva solicitud de inaplicación cuya respuesta se conoce de antemano (una nueva inaplicación). Cierto es que, teóricamente, una vez que el Tribunal constata la ilegalidad de una disposición general en el marco procesal de una excepción, el "legislador" andino debería proceder a una modificación o derogación de la disposición en cuestión. Pero mientras ello tiene lugar, la situación real del ordenamiento jurídico andino no será otra que la antes reseñada, presidida por la inseguridad jurídica". "La manera de combatirla", concluye, "consiste en atribuir al Tribunal de Justicia la competencia para dictar una resolución con efectos "erga omnes", en virtud de la cual todos los operadores jurídicos (funcionarios, abogados y, en última instancia, los propios jueces nacionales) estarían no ya facultados, sino obligados a considerar ilegal la disposición así declarada por el intérprete supremo del ordenamiento andino (i.e. el Tribunal de Justicia), único competente para declarar las ilegalidades producidas en su seno (y de una vez por todas, tal y como se defiende en el presente Dictamen)".

No debe obviarse, en cualquier caso y finalizando la presente exposición, que tanto el MERCOSUR como la Comunidad Andina atraviesan en la actualidad un delicado momento, traducido en un incumplimiento que comienza a ser sintomático de los laudos arbitrales y las sentencias, a lo que ha venido a sumarse, en el caso del MERCOSUR, la grave crisis institucional producida con ocasión de la designación del Secretario Judicial del Tribunal Permanente de Revisión, y en el caso de la Comunidad Andina, el debilitamiento del sistema provocado por lo que bien podría calificarse de "espantada venezolana".

Pero también la Unión Europea está viviendo tiempos de profunda incertidumbre, como consecuencia de su última ampliación mal digerida y, sobre todo, de los rechazos francés y holandés al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

Y si bien no corren en estos momentos buenos vientos en términos de integración ni a un lado ni al otro del Atlántico, no lo es menos, como escribiera en la década de los sesenta el ilustre integracionista chileno Felipe Herrera, que "no debe causar desaliento la comprobación de que el avance hacia la integración no se realiza en una línea continua de progreso. Los procesos históricos, aun cuando se produzcan de acuerdo con una tendencia irreversible, se manifiestan en forma de avances, estancamientos e incluso retrocesos".

El Estado de Derecho algunos elementos y condicionamientos para su efectiva vigencia

Roberto Ruiz Díaz Labrano*

Presentación

Para quienes nos dedicamos con pasión al derecho, la preocupación por el funcionamiento de las instituciones estatales y sobre los obstáculos para la gobernabilidad, es un estímulo que motiva contribuir con algún aporte o reflexión. Así animados, nos hemos propuesto efectuar un breve análisis sobre el Estado de Derecho, tema que amedrenta por la abundante y calificada doctrina.

Despejada nuestras propias dudas en abordar el tema, concluimos que el temor es injustificado, numerosas tendencias que impactan sobre el Estado, requieren permanente análisis y nunca está demás la verificación y reafirmación de principios y valores. Por esta razón, la invitación que me cursara del Superior Tribunal de Justicia Militar, es un gran honor y una oportunidad de asumir el desafío.

Conceptualizando al Estado como Estado de Derecho

Sin pretender volver sobre cuestiones donde la doctrina ya ha definido o conceptualizado, consideramos al Estado como la sociedad jurídica y políticamente organizada, por medio de la estructuración del poder público, para su ejercicio dentro de un territorio determinado.[1]

Como origen del Estado moderno se indica la organización de las ciudades-repúblicas en la Italia del Renacimiento. Es Maquiavelo,[2] en su obra El príncipe,[3] quien introduce la expresión "stato".

Hermann Heller refiere que "La nueva pablara "Estado" designa ciertamente una cosa nueva porque, a partir del Renacimiento y en el continente europeo, las poliarquías, que hasta entonces tenían un carácter impreciso en lo territorial y cuya coherencia era floja e intermitente, se convierten en unidades de poder continuas y reciamente organizadas".[4]

Según el autor citado "La evolución que se llevó a cabo, en el aspecto organizatorio, hacia el Estado moderno, consistió en que los medios reales de autoridad y administración, que eran posesión privada, se convierten en propiedad pública y en que el poder de mando que se venía ejerciendo como un derecho del sujeto se expropia en beneficio del príncipe absoluto primero y luego del Estado (cf. Max Weber, Economía y Sociedad)".[5]

Ahora bien, en lo que a nuestro tema se refiere, Jürgen Brand señala que "La expresión Estado de derecho es reciente, pero el tema al que se refiere es antiguo y en definitiva constituye el rasgo determinante del derecho occidental. El concepto, que se remonta a las reflexiones de

---

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Asunción. Profesor Titular de Derecho Internacional Privado y Profesor Titular de Derecho de la Integración en la misma Universidad. Coordinador Paraguayo del Centro de Promoción del Estado de Derecho del Mercosur.

1 Held David, indica como elementos al territorio, que constituye la base física del ejercicio del poder, el control de los medios de violencia, el Estado se reserva el uso de la fuerza dentro del territorio, la despersonalización del poder, las competencias están determinadas y delimitadas por el orden constitucional y legal vigente. La legitimidad, el Estado emerge del pacto social y debe procurar la satisfacción de los intereses de los súbditos. Referencia: La democracia y el orden global. Editorial Paidós, Barcelona 2002.

2 Nicolás Maquiavelo nació en Florencia el 3 de mayo de 1469.

3 "Según se desprende de una célebre carta, fechada el 10 de diciembre de 1513, dirigida a Francesco Vettori por Maquiavelo, era intención de éste que su obra llevara por título De Principatibus (De los Principados) así en latín y en plural, y no en italiano y en singular… El título de El príncipe le fue asignado a la obra con posterioridad a la muerte del autor", según "De Principatibus. Maquiavelo", Edición bilingüe con Traducción, notas y estudio introductoria de Elisur Arteaga Nava y Laura Trigueros Gaisman, Editorial Trillas, México D.F. año 1993.

4 Hermann Heller. "Teoría del Estado", Fondo de Cultura Económica, México, año 1947.

5 Hermann Heller. "Teoría del Estado", pag. 150.

Kant, se fue preparando a fines del siglo XVIII con la teoría del Estado de derecho y alcanzó su significación específica – vigente en su mayor parte hasta nuestros días – en la Alemania del Siglo XIX".[6]

De lo expuesto se deduce que la conformación de lo que conocemos como Estado de derecho en el mundo occidental, es producto de una larga evolución, en la que se fueron delineando y afirmando los principios que hoy contribuyen a establecer sus contornos más significativos, como el de sujeción de los gobernantes a la ley y el respeto a la división de poderes.[7]

La observancia y respeto a las premisas básicas citadas más arriba, nos representa ya una idea sobre el Estado de derecho,[8] es aquél en el cual los gobernantes son electos por el procedimiento previsto con antelación en la ley y donde el sometimiento a la ley es el elemento distintivo y rasgo característico, la primacía de la ley se traduce en el principio fundamental de legalidad. Se sustenta además en el reconocimiento y protección constitucional de derechos fundamentales, y orgánicamente, en la división y equilibrio de poderes.

Una explicación más simple, es contraponerla al Estado autoritario, donde el poder se encuentra concentrado en una persona o grupo de personas. Hay una estructuración estatal, existe autoridad, pero las leyes no obedecen a órganos que tengan origen democrático y por lo general no hay subordinación ni respeto a ella.[9]

Entiende Kelsen que todo Estado es de derecho, por lo que para él, la expresión constituye un pleonasmo carente de sentido, teniendo en cuenta que "Derecho" y "Estado" son en definitiva conceptos idénticos o sinónimos. No se trata por supuesto de la defensa del Estado despótico, su observación se basa en que no se puede negar su construcción jurídica.[10]

Equipara así el Estado autocrático al democrático porque ambos son Estados de Derechos, "es el orden Jurídico el que determina el titular de la autoridad y la forma de ejercerla; quien debe mandar y quien obedecer".[11]

Distingue posteriormente las bondades y defectos de uno y otro sistema. Pese a esta autorizada opinión, es mayoritaria la identificación del Estado de derecho con aquél en el cual las leyes emanan de una base constitucional y las autoridades se someten a la ley.

El Estado y el Poder

Teniendo presente que sobre "el poder y el derecho" se conforma la existencia misma del Estado y que la distribución del primero es parte de su organización institucional, debemos ocuparnos de él.

El poder como elemento del Estado, es básicamente la potestad de establecer reglas – leyes – que una comunidad o sociedad acepta como válidas y a las cuales se somete por imposición o voluntariamente. Si el poder emana de la decisión o voluntad de quienes serán destinatarios de

---

6 Jürgen Brand. "La evolución del concepto europeo de Estado de Derecho", Anuario Constitucional Latinoamericano, Año 2006, Tomo I.

7 Friedrich Hayek, "las reglas deben aplicarse a los que las formulan y a quienes se aplica – esto es al gobierno, así como a los gobernados –, y que nadie tenga el poder de otorgar excepciones". Los fundamentos de la libertad. Ed. Unión Editorial, Madrid, 1978.

8 El término Estado de Derecho se origina en la doctrina alemana "Rechtsstaat" fue utilizado por primera vez por Robert von Mohl en su libro Die deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates.

9 Estado que responde a los dos viejos principios "Quod principi placuit legis habet vigores" y "Princeps a legibus solutus".

10 G Fernández de la Mora. "El Estado de Derecho es compatible con cualquier forma de Estado: unitario, confederado o federal, y con cualquier forma de gobierno aristocrática, democrática o monárquica (aunque todas ellas se reducen a modalidades de la oligarquía o mando de pocos). El Estado de Derecho en su acepción formal, que es la más unívoca y científicamente rigurosa, no supone una toma de posición acerca de la forma de las instituciones políticas."

11 Hans Kelsen. "Teoría del Derecho Escrito". p.142.

éstas reglas y producto de una representación que surge del sufragio, tiene origen democrático, es la voluntad -demos- de la mayoría.[12]

El poder impone un derecho que la mayoría acepta, pero se legitima por la sumisión del mismo poder al derecho o a las reglas que han permitido que exista. La sumisión del pueblo a un poder es a la vez sumisión al derecho, y la sumisión al derecho es también sumisión al poder. Bobbio expresa que "derecho y poder son dos caras de una misma moneda".[13]

Un poder no legitimado, o que se deslegitima por la no sumisión al derecho, atenta contra la Constitución y resiente al Estado, por lo que sólo se puede hablar de "Estado de Derecho", cuando nos encontramos ante un poder legítimo, ejercido dentro del marco del derecho. La lucha por el derecho,[14] en este nivel, se convierte así en la lucha por un poder legítimo.[15]

Poder y Democracia

Un pilar de la democracia es la división de los poderes, el cual se justifica porque evita la concentración del poder y su ejercicio; Jürgen Brand apunta "Locke trazó los primeros esbozos de una teoría de la división de poderes. El poder del gobierno debía repartirse entre distintas manos y el poder legislativo debía separarse del ejecutivo. Su doctrina de los derechos fundamentales de los ciudadanos como límites de la autoridad estatal terminó por convertirse en el fundamento del movimiento independentista norteamericano. Locke le preparó así el camino al barón de Montesquieu, que fue el primero en diseñar de manera integral la base del Estado constitucional moderno".[16]

La división de poderes no es sino la asignación de diversas competencias a las instituciones u órganos que detentan "poder estatal", este fraccionamiento – división - del poder, apunta a garantizar la legitimidad del poder por equilibrio y diálogo entre instituciones, respetando los límites o jurisdicción establecidos en la Constitución Nacional.

Bobbio afirma que la democracia constituye un conjunto de reglas de procedimientos para limitar el poder y asegurar el ejercicio pacífico de la soberanía del pueblo mediante la competencia electoral entre partidos. Las reglas de procedimiento deben estar establecidas en la Constitución Nacional, que jerárquicamente se impone sobre otras conductas normativas, la división de poderes, considera como un primer ámbito de limitación.[17]

La democracia se presenta así no simplemente como un sistema de gobierno, sino una forma de construcción del propio Estado que garantiza la legitimidad del poder. La expresión "gobierno del pueblo", o de la mayoría del pueblo, no es sino el resultado del modo con que se concibe

---

12 Alain Touraine. "La democracia es en primer lugar el régimen político que permite a los actores sociales formarse y obrar libremente. Los principios constitutivos de la democracia son los que rigen la existencia de los actores sociales mismos. Sólo hay actores sociales si se combinan la conciencia interiorizada de derechos personales y colectivos, el reconocimiento de la pluralidad de los intereses y las ideas, especialmente de los conflictos entre dominadores y dominados y, finalmente, la responsabilidad de cada uno respecto de orientaciones culturales comunes. Esto se traduce, en el orden de las instituciones políticas en tres principios: el reconocimiento de los derechos fundamentales, que el poder debe respetar, la representatividad social de los dirigentes y de su política y, por último, la conciencia de la ciudadanía, de pertenecer a una colectividad fundada en el derecho." En su monografía: ¿Qué es la Democracia".

13 Norberto Bobbio. Percorsi nel laberinto delle opere", Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, cit., nota 3, p. 177. Citado en "EL CONSTITUCIONALISMO DE NORBERTO BOBBIO: UN PUENTE ENTRE EL PODER Y EL DERECHO", por Pedro Salazar Ugarte..

14 Rudolf Von Ihering "La lucha por el derecho".

15 Jesús Rodríguez Zepeda "El Estado de derecho se expresa y realiza en la norma legal, pero también en la definición y el funcionamiento efectivo de las instituciones, así como en la cultura y las prácticas políticas de los actores." "ESTADO DE DERECHO Y DEMOCRACIA". Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática. Instituto Federal Electoral.

16 Jürgen Brand "La Evolución del Concepto Europeo de Estado de Derecho", en el "Anuario Constitucional Latinoamericano" 12 año, Tomo I, pág. 51.

17 Norberto Bobbio "El Futuro de la Democracia", Fondo de Cultura Económica, año 1984.

organizar la expresión de la voluntad que instituye el poder y que elige a los gobernantes. El gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo,[18] traduce muy cercanamente lo que se pretende de un Estado Democrático.[19]

En el igual sentido, Rodríguez Zepeda[20] sostiene "La democracia como método de elección de gobernantes no se limita, entonces, a regular el cambio sistemático y pacífico de quienes ejercen el gobierno representativo, sino que, entre otros resultados, permite la institucionalización jurídica de los principios y valores políticos democráticos."[21]

La distorsión del "procedimiento" constitucional, de la forma o procedimiento de elección sustituye "la voluntad" legitima. La obtención de poder vulnerando los principios que se fueron construyendo como "sistema democrático", como la división de los poderes, no otorga legitimidad, aún cuando se logre su obtención, porque no se sustenta en el derecho.

En un primer análisis, para determinar la existencia de un Estado de Derecho, se verifica la existencia de poderes instituidos democráticamente y un gobierno legítimo, sólo lo será si es resultado de un procedimiento constitucional y legal, poder y derecho son en consecuencia inseparables.[22]

Fragmentación del Poder y Estado de Derecho

Las teorías sobre la soberanía del poder constituyente, la estructuración y organización los sistemas de gobierno, son abundantes y han conducido a orientar y edificar el Estado moderno, pero no bastan para identificar los elementos característicos del Estado de derecho, que permiten afirmar su existencia y vigencia.

En tal propósito, no es ocioso reiterar de que la división de poderes, es un presupuesto básico, en un sistema democrático nadie lo discute, es más, la distribución y atribución de poder se extiende y amplía por la creación de nuevas instituciones a las cuales se otorgan o delegan poderes, por lo que a los tradicionales se suman nuevas formas de ejercicio del poder público, que actúan concomitantemente con manifestaciones del sector privado que influyen indirectamente en la forma y en el modo de gobierno.

Esta tendencia de distribución o "fragmentación", puede favorecer el funcionamiento de los poderes tradicionales y facilitar el gobierno, pero llevado a extremos, puede diluirlo y producir una segmentación del poder, haciendo difícil identificar la unidad de gobierno en el Estado.

En efecto, cuando ya no se distingue nítidamente los perímetros del poder y cuando la interdependencia de poderes se convierte en un entramado indescifrable, el equilibrio e independencia se resiente, dificultando la gobernabilidad y el control de las instituciones públicas. El debili-

18 Frase célebre pronunciada por Abraham Lincoln el 19 de noviembre de 1863 en el homenaje de consagración de los más de 45.000 soldados fallecidos en la batalla de Gettysburg.

19 Robert Dahl enumera ocho condiciones necesarias para la democracia. 1. En primer lugar, cada miembro de la democracia expresa sus preferencias mediante, por ejemplo, el voto. 2. Cada expresión de preferencias o voto tiene idéntico valor. 3. La alternativa preferida por más gente (más votada) es proclamada ganadora. 4. Cualquier individuo puede añadir su alternativa preferida a la votación. 5. Todos los individuos poseen idéntica información sobre las alternativas. 6. La selección de alternativas (políticas públicas o dirigentes) en función del número de votos favorece a las más votadas en detrimento de las que menos lo han sido. 7. Las órdenes de los cargos electos se cumplen, como procedentes de la soberanía popular. 8. Entre elecciones, las decisiones políticas siguen siendo acordes con las preferencias de los ciudadanos, de acuerdo al mandato electoral o con una renovación del proceso de expresión y selección de preferencias.

20 Jesús Rodríguez Zepeda es doctor en Filosofía Política. Profesor-investigador del Departamento de Filosofía de la UAM.

21 Jesús Rodríguez Zepeda "Estado de Derecho y Democracia", Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática. Instituto Federal Electoral.

22 "Las características generales del Estado de derecho han sido enlistadas del siguiente modo por un destacado jurista: a) Imperio de la ley: ley como expresión de la voluntad general. b) Separación de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial. c) Legalidad del gobierno: su regulación por la ley y el control judicial. d) Derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico-formal y realización material." Elías Díaz, Estado de derecho y sociedad democrática, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1966, p. 18. Citado en Estado de Derecho y Democracia por Jesús Rodríguez Zepeda Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática. Instituto Federal Electoral.

tamiento de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, o de cualquiera de ellos, afecta de inmediato al Estado de derecho.

Una cuestión importante de puntualizar, son las situaciones en las cuales existe interés de subordinar un poder a otro, que por desgracia permanece aún bastante arraigada. Se evidencia por la aparición cíclica de proyectos personalistas que buscan poner el poder público a su servicio para imponer sus propios proyectos.

Si como hemos visto, la democracia se afirma en un Estado donde quien dicta las leyes, no es al mismo tiempo quien la ejecuta y al mismo tiempo imparte justicia, la división de poderes es un reparto que asegura y garantiza la no existencia de poderes absolutos.

Todo sistema que conduzca a una dependencia directa o indirecta de uno sobre otro, afecta el equilibrio de poderes, resiente el sistema democrático y aleja al Estado del derecho. Tales condiciones son propicias para el abuso del derecho, la corrupción y la impunidad, por falta de control institucional, al no existir los contrapesos necesarios, todo poder estatal que se ejerza sin responsabilidad y control, lleva a la arbitrariedad.

En un Estado de derecho, el poder público ejercido como gobierno y administrador de la "cosa pública" debe ser transparente, los actos deben estar sujetos siempre al principio de legalidad. La creación de nuevos órganos o instituciones en que se descentraliza el poder, requiere que los ámbitos de competencia atribuidos sean perceptibles y controlables. Cuando el poder es difuso y tiene un margen excesivo de liberalidad, la institucionalidad es puesta en entredicho.

"La idea de la gobernabilidad en las democracias modernas sigue sustentándose en la división de poderes que se manifiesta en la interdependencia, la intercomunicación, la interconexión y la interrelación de los poderes fácticos con el objeto de garantizar que la mayoría no se convierta en una dictadura que someta a la minoría, ni que una minoría se asuma como víctima y recurra al chantaje y se apropie de los instrumentos que benefician a las mayorías.

Por ello, gobernabilidad y división de poderes son una unidad y emblema que evita la paralización del gobierno y la desintegración de la comunidad, pues la primera solo se puede reconocer en la legalidad y legitimidad a fin de satisfacer las demandas y necesidades sociales y la segunda en la pluralidad y en la tolerancia que sienta las bases de la convivencia armónica que permite la viabilidad política de una nación.

Dicha unidad es una característica esencial de la forma republicana del gobierno y por ende una cualidad de la vida democrática. Es más, permite al pueblo la posibilidad de la realización del juicio político y la factibilidad de cambiar de gobernantes sin derramamiento de sangre."[23]

Libertad y Estado de Derecho

En principio el derecho importa poner límites y reglas para la convivencia dentro del Estado, sin ellas, la libertad estaría limitada por el caos o por la imposición del más fuerte. No es la ausencia de reglas, lo que determina la libertad, es asegurar que dentro de ellas, no sean restringidos ilegal y arbitrariamente aquellos derechos que están instituidos o actos que están permitidos.

La restricción de ciertos actos, en la medida en que se establezcan en función del interés común o interés público, no se debe interpretar como un menoscabo a la libertad, de hecho, aún en las sociedades más liberales, sin reglas para la libre competencia, difícilmente se podría hablar de libertad. Las reglas de convivencia aseguran la libertad.

Por tanto la libertad no debe ser restringida o limitada sino para hacer funcional la libertad de los demás, si sólo algunos de los ciudadanos gozan de libertad, el reclamo por esa desigualdad no

[23] Manuel Quijano "Gobernabilidad Democrática: Pesos y Contrapesos". UNAM.

se hará esperar. Igualdad y libertad, son así conceptos complementarios, la igualdad asegura la libertad, la libertad asegura la igualdad.

Un Estado de derecho, no es aquél en el cual existen leyes o reglas, sino aquél en que las leyes garantizan derechos fundamentales para la convivencia en democracia, donde no se restrinja la libertad sino en la medida en que fuere compatible con los derechos fundamentales de la persona y al interés común.

El alcance del Estado de Derecho

El concepto y elementos que se vinculan a la comprobación del Estado de derecho, va más allá de una verificación de la existencia en la ley de elementos considerados esenciales para la democracia, como la división de poderes o la enunciación de los derechos fundamentales.

La comprobación supera la constatación de la enunciación de derechos y garantías constitucionales, constata la vigencia efectiva de los mismos frente al ciudadano, e institucionalmente verifica el funcionamiento de las instituciones, en especial la capacidad de respuesta, ante circunstancia de crisis, desconocimiento o rompimiento del Estado de Derecho.

Es lógico que así sea, porque sus contornos, son producto de una larga evolución, impulsada por fuerzas – reclamos o reivindicaciones - que fueron manifestándose al interior del Estado y paulatinamente se fueron transformando en reconocimiento de derechos esenciales en el Estado moderno.[24]

Hemos señalado, como premisa esencial, de que en un Estado de derecho los representantes del pueblo se someten de un modo efectivo y real a la ley reconociendo su autoridad. No siempre es así, muchas veces quienes integran los poderes, desconocen la ley y la propia Constitución Nacional, al buscar en contra del texto la suma del poder, razón de más para considerar que la verificación es una tarea permanente.

Las referencias efectuadas no agotan todos los elementos que el concepto representa, se extiende a aspectos económicos, sin los cuales se vacía de contenido. También se engloba en el análisis y en el concepto, aspectos vinculados al manejo moral de la "cosa pública" o de los intereses públicos.

El combate a la corrupción, que se mimetiza a veces ante los propios pliegues de la ley y de su aplicación, es vital en el Estado de derecho, porque es más perniciosa y destructiva que el abuso de poder, la diferencia estriba en que en éste último caso, el del abuso del poder, es más visible. En la eficiencia y honestidad de la gestión en los asuntos públicos del Estado, estriba gran parte de la seguridad para el ciudadano.

La constatación de los elementos de que se compone el Estado de derecho, no se agota en el reconocimiento de garantías y principios por la ley, se espera que en su aplicación se manifieste una justicia equitativa y distributiva. De nada vale la ley que contemple los derechos fundamentales para las personas, si los poderes instituidos no los garantizan efectivamente.

Estado de Derecho y Globalización

Hemos señalado que la comprobación de la existencia del Estado de derecho, no pasa sólo por el reconocimiento de instituciones en la ley, a más del respeto y efectividad de las garantías fundamentales, debe reflejar otros aspectos que se relacionan propiamente con el "funcionamiento o funcionalidad del Estado", que le permitan responder a los desafíos de la globalización.

[24] Jürgen Branda "La Evolución del Concepto Europeo de Estado de Derecho", en el "Anuario Constitucional Latinoamericano" 12 año, Tomo I.

Es importante tener presente que los elementos que configuran el Estado de derecho no sólo se han modificado como consecuencia de una reacción hacia el autoritarismo y al manejo centralizado del poder, o por el otorgamiento de mayores garantías al ciudadano, se ha transformado en el rol que se le asigna respecto del alcance con que interviene en las actividades económicas.

Esta "transformación" obedece a tendencias impuestas por el liberalismo, que ha influido para redefinir el papel del Estado a través de sus instituciones, que se desprende del monopolio en la producción de bienes la prestación de servicios.[25]

En esta tendencia, la intervención del Estado se reduce a impulsar las leyes que aseguren a las empresas e industrias su participación en el mercado.[26] El derecho del mercado se configura así sobre la protección y garantía de la libre competencia y los derechos y garantías al consumidor,[27]

Lo óptimo para el funcionamiento del Estado de derecho es encontrar el punto en el cual, sin convertirse en un "Estado mínimo", asegure las prestaciones sociales y servicios básicos. El Estado detenta el poder como regulador, para evitar las distorsiones o manipulaciones dentro de una economía de libre mercado.[28]

Tal como señala David Held "La globalización económica de ninguna manera se traduce necesariamente en la disminución del poder del Estado: más bien, esta transformando las condiciones bajo las cuales el poder del Estado es ejercido… Sin embargo, hay que reconocer que los nuevos patrones de cambio regional y global están transformando el contexto de la acción política, creando un sistema de centros de poder múltiples y esferas de autoridad superpuestas".[29]

En el escenario el Estado no puede ni debe permanecer ajeno a las tendencias del mundo global[30] tampoco convertirse en un mero instrumento del mercado, debiendo velar por los intereses del ciudadano.

El Estado de Derecho y el Poder Legislativo

Para apreciar las condiciones de funcionamiento del Estado de Derecho en el ámbito del Poder Legislativo, se parte del sistema de elección de los legisladores. Se trata en este caso de ase-

---

25 En tal escenario el Estado dirigista, intervensionista, burocrático, sobredimensionado y además ineficiente no puede permanecer sin sufrir las consecuencias de la presión política y económica de nivel nacional e internacional, por lo que se replantea el rol y la dimensión del Estado. Se habla así del Estado eficiente en contraposición al Estado Benefactor, donde el gobierno es ejercido por o a través de personas altamente calificadas, auxiliados por la tecnología y la modernización del aparato estatal. En la concepción del Estado eficiente, el gobierno se ve obligado a desprenderse de toda actividad desarrollada por los entes públicos de producción de bienes y servicios que no sean esenciales, no resulten rentables o no satisfagan un interés social fundamental. La privatización o la coparticipación en entidades mixtas representan una necesidad de adecuación del Estado a los nuevos tiempos, o en todo caso aceptar que las mismas participen en el mercado en libre competencia.

26 Joseph Schumpeter comparaba la competencia política por los votos a la forma en que funciona el mercado de mercancías. Los votantes serían como los consumidores que eligen entre los distintos productos políticos que ofrecen los líderes de los partidos, que los visualiza como empresarios políticos que compiten por contar con el favor popular, y concibe a los partidos como las asociaciones que actúan en la esfera económica. Cita de Carole Paterman en "Participación y teoría democrática (1970)".

27 Esta situación ha adquirido fundamento teórico "De ser una aspiración humanista, la democracia es reducida a un sistema de equilibrio de mercado", acusa Macpherson el giro impreso por Joseph Schumpeter en 1942 y Robert Dahl en 1956. "El modelo de democracia que ha sido elevado a la ortodoxia por la ciencia política americana", declara Macpherson, "es sin duda destructivo de la idea liberal-democrática original". "El eje Schumpeter-Dahl se basa en el postulado implícito de que el hombre es esencialmente un consumidor de mercancías", explica ahora Macpherson". Cita en El realismo político del primer C. B. MACPHERSON por José Luis Orozco.

28 Jesús Rafael Vallenas Gaona "Ensayo sobre el Derecho del Mercado".

29 David Held habla de un modelo post e Westfalia (Paz de 1648 que puso fin a la guerra de los treinta años). Este modelo es referido por el citado autor en los siguientes puntos. El mundo está compuesto y dividido por Estados soberanos que no reconocen autoridad superior. El proceso de creación de derecho, la resolución de disputas y la ejecución de la ley está básicamente en manos de los Estados individuales. El derecho internacional se orienta al establecimiento de reglas mínimas de coexistencia. La responsabilidad por acciones ilegales internacionales es un asunto que corresponde a los afectados. Igualdad ante la ley, no se toman en cuenta las asimetrías de poder. Las diferencias entre los estados son en última instancia resueltas por la fuerza. La minimización de las restricciones a la libertad del Estado es la prioridad colectiva.

30 "¿Cree que la globalización ha afectado la democracia? Creo que tanto globalización como democracia son dos términos muy complejos, así que la relación entre los dos es muy complicada también. No creo que la globalización haya empeorado la calidad de la democracia, ni tampoco que la democracia controle el proceso de globalización. El fenómeno es muy complejo porque es diferente en cada región. Los países grandes, con democracias bien afianzadas, pueden resistir y tratar de controlar mejor los términos de la globalización que los países pequeños, pobres y más vulnerables." Entrevista al Profesor David Held. London School of Economics. Por Daniela Duverne (Desde Londres. UK) Coordinadora Ejecutiva de Espacios Políticos.

gurar que los representantes del pueblo sean las personas más idóneas y calificadas para legislar. El sistema electoral debería brindar la oportunidad al elector de decidir sin sujeción a listas preestablecidas que condicionen el voto y distorsionen el sentido del sufragio.

La falta de claridad y de rigor técnico jurídico en la elaboración y sanción de las leyes, conspira contra el goce y ejercicio de los derechos, al igual que las constantes modificaciones porque conducen a la inseguridad jurídica ante la inestabilidad del ordenamiento jurídico. El interés general debe primar siempre sobre los intereses individuales o particulares, el ejercicio de la función legislativa y parlamentaria que subordina esta premisa a otros intereses, corrompe la naturaleza de la función pública legislativa.

Las leyes relacionadas a los derechos fundamentales y a la nueva generación de derechos económicos y sociales, son prioridades que revelan la adecuación del poder legislativo al tiempo. El Poder Legislativo, debe ser un cuerpo vivo y los legisladores, personas comprometidas políticamente con el ciudadano porque son la voz del pueblo. Las inmunidades de que gozan los parlamentarios no deben cubrir actos reprochables e ilícitos, ni favorecer la impunidad.

El Estado de Derecho y el Poder Judicial

El funcionamiento del Poder Judicial, es parámetro tradicional de verificación de la existencia y vigencia del Estado de Derecho, evidencia la eficacia del sistema estatal de derechos y garantías ciudadanas y el respeto a las instituciones.

Se conforma por una serie de órganos de carácter público que poseen jurisdicción y competencia para conocer, entender y resolver las cuestiones litigiosas y capacidad de interpretar y aplicar el derecho por medio de resoluciones que tengan autoridad de cosa juzgada.

La competencia y organización del Poder Judicial es atribuido por la Constitución Nacional, ella atribuye el poder estatal como reparto del poder público y de acuerdo a la voluntad soberana.[31] Normalmente sobre base constitucional se dispone las condiciones exigidas – idoneidad y capacidad – de las personas que habrán de desempeñar la función jurisdiccional.

Para que el poder público jurisdiccional sea parte de la división o distribución de poderes y cumpla su rol específico como institución de equilibrio de los demás poderes, es necesario asegurar en el texto y más allá del texto, en la vida pública de un Estado Democrático, que esté plasmada y garantizada la independencia del Poder Judicial.

Esta independencia, tiene diversas manifestaciones, la más importante, que otro poder del Estado – el ejecutivo o el legislativo – no ejerza directa o indirectamente la misma competencia jurisdiccional y pueda revisar las resoluciones judiciales.[32] La función jurisdiccional debe ser indelegable, todo poder que interfiera en su competencia esta al margen de la constitución y las leyes.[33]

---

31 Charles-Louis de Secondat "Montesquieu": "Hay en cada Estado tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de los asuntos que dependen del derecho de gentes y el poder ejecutivo de los que dependen del derecho civil. Por el poder legislativo, el príncipe, o el magistrado, promulga leyes para cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes. Por el segundo poder, dispone de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares. Llamaremos a éste poder judicial, y al otro, simplemente, poder ejecutivo del Estado. ", "El espíritu de las leyes", traducción de Mercedes Blázquez y Pedro Vega. Edit. Tecnos. 1980.

32 Art. 109 de la Constitución Argentina "En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas." Art. 73 de la Constitución Chilena "... Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos."

33 Art. 248 de la Constitución Paraguaya "Queda garantizada la independencia del Poder Judicial. Sólo éste puede conocer y decidir en actos de carácter contencioso. En ningún caso los miembros de los otros poderes, ni otros funcionarios, podrán arrogarse atribuciones judiciales que no estén expresamente establecidas en esta Constitución, ni revivir procesos fenecidos, ni paralizar los existentes, ni intervenir de cualquier modo n los juicios. Actos de esta naturaleza conllevan nulidad insanable. ..Los que atentasen contra la independencia del Poder Judicial y la de sus magistrados, quedarán inhabilitados para ejercer toda función pública por cinco años consecutivos, además de las penas que fije la ley.

La independencia debe ser garantizada en propio mecanismo de elección de los magistrados, a fin de que quienes pretendan ejercer la función jurisdiccional, no estén supeditados a procedimientos degradantes, de subordinación anticipada a la política y expuestos a influencias que posteriormente distorsionan la administración de justicia.

La estabilidad de los miembros es tan esencial como de que sean personas de reconocida honorabilidad e idoneidad para el cargo, por lo mismo, la remoción o substitución sólo debe obedecer a la violación manifiesta de su competencia o la comisión de actos delictivos, y en todos los casos por los procedimientos previamente previstos. El Poder Judicial no puede ser visto como un poder complaciente o "solidario", situación que corrompe la base institucional y resiente la credibilidad y confianza pública.

Como parte de las garantías de independencia, a los magistrados judiciales son otorgadas inmunidades, par no ser objeto de presiones que interfieran en la objetividad del pronunciamiento o juzgamiento. No deben ser molestados, perturbados o sometidos a juicio por las opiniones que vertieren en sus pronunciamientos, salvo desvío manifiesto de poder o violación deliberada y ostensible de la legalidad.

La estabilidad es una de las bases más importantes para la independencia del Poder Judicial. En ningún caso la inmunidad debe convertirse en impunidad frente a la comisión de delitos, es tan importante velar por la independencia intelectual del magistrado, como que éste en caso de delitos sea sometido a juicio y removido del cargo.[34]

Ser miembro de un pilar del Estado como el Poder Judicial, requiere la absoluta íntima convicción de que en su conducta y el modo en que ejerza la función, descansa uno de los pilares del Estado de Derecho.

La responsabilidad del magistrado frente al pueblo es extraordinaria, exige renunciamientos que pasan por un proceso íntimo de compromiso histórico como servidor público, la independencia es en este orden de ideas garantía de imparcialidad.

Sobre las limitaciones relacionadas a actos políticos o actividades políticas, es ilustrativo el análisis que hace Paul Kahn,[35] sobre lo que representa la privación al magistrado de la acción política o de parte de sus derechos políticos, ejemplifica con un interesante paralelo entre el juez y el prisionero

Ambos son privados de ciertos derechos, el juez sacrifica su yo político en aras del Estado de Derecho, de algún modo también está sujeto a prisión, sólo que por razón diferente, en ambos casos hay un sacrificio del yo, en el magistrado la motivación jurídica de la privación implica una renuncia que lo eleva y ennoblece.

La independencia del Poder Judicial se presenta, desde esta óptica, como independencia del magistrado a situaciones y relaciones que comprometan su objetividad e imparcialidad por causa de las pasiones políticas.

La prescindencia de la política, se justifica en este caso, en que el juez representa y es parte de un poder del Estado, que eventualmente puede juzgar actos políticos. Mientras dure su vínculo con el Poder Judicial, su espacio de actuación no condice con ninguna actividad diferente o ajena a la de impartir justicia.

La sujeción de la conducta personal de los miembros del Poder Judicial a la prohibición de intervenir o participar en la política, es por consiguiente una obligación legal y ética, donde toda

---

[34] Art. 255 de la Constitución Nacional Paraguaya. "Ningún magistrado judicial podrá ser acusado o interrogado judicialmente por las opiniones emitidas en el ejercicio de sus funciones. No podrá ser detenido o arrestado sino en caso de flagrante delito que merezca pena corporal. Si así ocurriese la autoridad interviniente debe ponerlo bajo ustodia en su residencia, comunicar de inmediato el hecho a la Corte Suprema de Justicia, y remitir los antecedentes al juez competente.".

[35] Paul Kahn. "El Análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos". Yale Law School. Editorial Gedisa, año 2001, pág. 113.

digresión compromete la imagen del órgano jurisdiccional. Si la sumisión del Poder Judicial a otros poderes, implica rompimiento del Estado de Derecho, con mayor razón la sumisión a un sector político.

Otra condición para la independencia del Poder Judicial, guarda relación con los recursos económicos necesarios para su funcionamiento, de modo a no generar dependencia de otro poder público. La administración de estos recursos, debe ser delegada a fin de evitar que los miembros del poder judicial se ocupen de forma exclusiva a la función jurisdiccional.

La independencia económica del poder judicial implica de un modo fundamental, que a sus miembros y los funcionarios o auxiliares de justicia se les reconozca y asegure una situación económica digna, acorde con la jerarquía y responsabilidad que corresponda, capaz de garantizar una vida decorosa, tanto al magistrado como a la familia bajo su cuidado y para alejarlo de toda preocupación, salvo el de poner su máximo esfuerzo por honrar con sabiduría la difícil y a veces terrible misión de juzgar.

La mayoría de los textos legales señalan la incompatibilidad de la función jurisdiccional con toda otra actividad pública y privada remunerada, con excepción de la cátedra universitaria,[36] se busca así un abocamiento exclusivo del juez al ejerció de su competencia, evitando se produzca una eventual confrontación de intereses y que intereses ajenos a la labor jurisdiccional interfieran en el camino de la justicia.

Los mayores escándalos vinculados al poder judicial se relacionan a la distorsión o relación de jueces con actos ajenos a su función, realizados de un modo directo o indirecto, o cuando se convierten en meros instrumentos de la política o actúan al margen de la prescindencia que se exige del magistrado en actividades y actos políticos partidarios.

Una forma de manifestación renovada de la independencia del poder judicial, retrotrayendo históricamente lo que era común en el derecho romano, es el juzgamiento público o en audiencias públicas. El reiterado reclamo de transparencia, refleja la necesidad de evidenciar y constatar que un juzgamiento es producto de un acto independiente, sereno, reflexivo, conciente y jurídico del magistrado y no un simple bastanteo de la labor de auxiliares.

El acto público o publicitado de juzgamiento – audiencias públicas[37] *- sobre todo de las más altas instancias, es la mayor garantía de independencia, es también un medio eficaz para que un órgano judicial debilitado y falto de credibilidad recupere la confianza pública y el equilibrio como poder del Estado.*[38]

Estamos ciertos que así como la exposición de los magistrados a una vida mundana, displicente o inmoral, daña en lo más profundo a la institución jurisdiccional, la exposición pública del acto de juzgamiento fortalece al Poder Judicial y consiguientemente al Estado de Derecho.

Conclusión

Las referencias efectuadas, están lejos de contemplar todos los aspectos que interesan al Estado de Derecho, nuestro propósito ha sido mencionar algunas líneas e instar otras reflexiones sobre algunas de las manifestaciones más significativas.

---

36 Art. 254 de la Constitución Nacional Paraguaya "Los magistrados no pueden ejercer, mientras duren en sus funciones, otro cargo público o privado, remunerado o no, salvo la docencia o la investigación científica, a tiempo parcial. Tampoco pueden ejercer el comercio, la industria o actividad profesional o política alguna, no desempeñar cargos en organismos oficiales o privados, partidos, asociaciones o movimientos políticos.".

37 Los medios de comunicación audiovisuales, permiten como se da en el Supremo Tribunal Federal del Brasil una transparencia extraordinaria, porque permite conocer y apreciar las razones jurídicas de las cuestiones sometidas a la más alta magistratura.

38 Art. 93 de la Constitución Brasileña "Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IV "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes;"

Con este alcance y en este sentido, señalamos la convicción de que el concepto sólo resulta compatible en cuanto adhiera al sistema democrático, por la división del poder público – legislativo, ejecutivo y judicial - y sobre la base del equilibrio de poderes.

Supone la sujeción a la ley y al derecho, de modo tal que todos los que ejercen el gobierno y están revestidos de autoridad, se sujeten y sometan a la ley. Nadie puede estar por encima de la Constitución Nacional y las leyes ni al margen de ellas.

El Estado de Derecho exige que la elección por el pueblo de representantes se produzca de forma legítima y por procesos democráticos, donde la voluntad de la mayoría no signifique discriminación o menoscabo de las minorías.

Un Estado de Derecho reconoce y garantiza derechos fundamentales, los cuales no deben ser meras enunciaciones, sino traducirse en su reconocimiento, así como en el goce efectivo de derechos económicos y sociales, de modo a evitar desigualdades y situaciones que conducen a la miseria y falta de atención a las necesidades básicas del ciudadano.

De nada sirve el reconocimiento constitucional y legal del principio fundamental de legalidad, de respeto a la ley y de que todos están sujetos a ella, si los derechos y garantías previstos no se plasman efectivamente.

El Estado de Derecho sólo es concebible a través de un Poder Judicial independiente, que asuma el rol de poder público sin sujeción ni sumisión alguna a otro poder o a persona alguna.

La Corte Suprema de Justicia Argentina y su rol en la articulación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Interno[1]

Víctor Bazán*

Sumario: I. Plan del trabajo.- II. Apreciaciones preliminares.- III. La reforma constitucional de 1994 y su impacto en el campo de los derechos humanos.- IV. Los Jueces y el Estado Constitucional de derecho.- V. La Corte Suprema de Justicia argentina y su jurisprudencia reciente en materia de derechos humanos: 1. Los cambios recientes en la composición del Máximo Tribunal argentino. 2. Explicación introductoria. 3. Precedentes vinculados a la materia de los derechos civiles y políticos. 4. Línea jurisprudencial relativa a derechos económicos, sociales y culturales. 5. El enfoque del problema a través de ciertas importantes acordadas del Tribunal.- VI. Los criterios exhibidos por la Corte Suprema frente a los pronunciamientos de la Corte y la Comisión Interamericanas de derechos humanos y otros órganos internacionales competentes en la materia: 1. Aclaración previa. 2. Sobre los pronunciamientos de la Corte Interamericana. 3. En torno a los informes de la Comisión Interamericana. 4. Rápida alusión a otras instancias internacionales de supervisión en materia de derechos humanos.- VII. La conflictiva cuestión del cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Interamericana y las sentencias de la Corte Interamericana: 1. El problema. 2. Recomendaciones de la Comisión Interamericana. 3. La "voluntad política" estatal para cumplir los pronunciamientos de la Comisión y la Corte Interamericanas. 4. Corolario.- VIII. Epílogo.

I. Plan del trabajo

Desde un plano general de análisis, puede afirmarse que los puntos de contacto (en no pocas ocasiones tensionales) entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno se multiplican, patentizándose la necesidad de lograr una pacífica articulación de tales fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad para procurar la solidificación del sistema general de derechos, lo que es tan sencillo de predicar discursivamente como arduo de concretar en la realidad fáctica.

Bajo esa óptica, y ya en particular acerca del escenario jurídico argentino (aunque con algunas referencias al derecho comparado), nos proponemos analizar la evolución jurisprudencial y normativa de distintos aspectos que la interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho doméstico generan y el rol que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en trance de convertirse en un tribunal constitucional al menos desde el plano material) ha tenido en dichos menesteres: la ubicación jerárquica de los instrumentos internacionales sobre la materia en el contexto nacional, la cotización jurídica interna que se le asigna a los pronunciamientos de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, y la siempre sensible problemática de la ejecución en sede nacional de las sentencias de dicho tribunal interamericano; temas, todos, que forman parte sustancial de los retos más trascendentes a los que se enfrenta cualquier propósito verdadero de consolidación

---

1. *Con sumo agrado nos adherimos a la importante iniciativa de publicar la "Revista Jurídica do Bicentenário da Justiça Militar" en el Brasil. Al respecto, hacemos explícito nuestro testimonio de reconocimiento y gratitud a la Dra. María Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Ministra del Superior Tribunal Militar, por coordinar tan significativo emprendimiento editorial (junto a la Juíza-Auditora Militar Zilah María Callado Fadul Petersen) y haber tenido la deferencia de honrarnos con la invitación a participar del mismo.*

* Profesor Titular Efectivo de las asignaturas Derecho Constitucional y Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Fundador y actual Director del Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos de la misma Facultad. Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Director de la Sección "Derechos Humanos" de la Asociación Argentina de Derecho Internacional e integrante del Consejo Directivo de esta Asociación. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Magistrado Presidente de la Cámara de Apelaciones de Paz Letrada de San Juan, Argentina. Dirección electrónica: vicba2002ar@yahoo.com.ar

del Estado Constitucional de Derecho, sustentado axiológicamente en el respeto cabal de la democracia y los derechos fundamentales.

II. Apreciaciones preliminares

De acuerdo con lo anunciado, es un dato de la realidad que la creciente trascendencia de la intersección del derecho doméstico y el derecho internacional de los derechos humanos exige una articulación de tal binomio de fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad en pro del fortalecimiento real y no sólo declamado del sistema de derechos[2].

Tales postulados no hacen sino refrendar que la cardinal problemática de los derechos humanos es una incumbencia -y debe ser una preocupación- concurrente o compartida entre las jurisdicciones estatales y la transnacional; sin olvidar, por cierto, que ésta presenta un carácter subsidiario y coadyuvante de los ordenamientos nacionales.

Consistente con lo anticipado, no está de más recordar que tanto en la fase inicial de un proceso en el que se investigue la eventual violación de derechos humanos, cuanto - en su caso - en la etapa de ejecución de una sentencia de condena internacional[3], la intervención de los órganos competentes nacionales resulta ineludible.

Es que, en general, es condición inexcusable para que quede jurídicamente abierto, v.gr., el acceso al sistema interamericano[4], que se haya agotado previamente la vía interna y, de manera semejante, luego de un pronunciamiento de condena de un Estado por la Corte Interamericana que aquél no cumpla en tiempo y forma, sobrevendrá para la víctima (sus familiares o representantes legales) la posibilidad de ejecutar ese decisorio ante los tribunales internos del demandado renuente.

No puede omitirse, por tanto, la necesidad de internalizar la centralidad del fenómeno que encarnan los derechos humanos y la no menor trascendencia de propiciar un ensanchamiento de las posibilidades de acceso de la persona a los mecanismos protectorios, internos o internacionales, viabilizando un útil empleo de éstos, ya que es claro que *el progreso de la democracia se mide por la expansión y justiciabilidad de los derechos*[5].

Ello, a pesar de la gran paradoja que se ha descripto con acierto expresando que aunque se profundice cada vez más una visión crítica y exista una desconfianza creciente respecto del sistema de administración de justicia, cada día crece la demanda por la justicia[6]. En otras palabras, mientras mayor es la crítica contra dicho sistema, mayor es también la demanda de justicia por parte de la población[7].

Además, y como herramienta hermenéutica de primer orden, debe tomarse en consideración que, en el ámbito del derecho internacional, los derechos humanos son cuestiones de ius cogens o principios generales del derecho internacional, ya consuetudinario, ya convencional[8].

---

2. En cuanto a este último aspecto, ver mutatis mutandi, Bidart Campos, Germán J., El derecho constitucional humanitario, Ediar, Buenos Aires, 1996, p. 140.

3. Cfr. art. 68.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

4. Cfr. art. 46.1.a de la CADH.
Fuera del sistema interamericano, también, por ejemplo, en el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 5.2.b).

5. Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, 2ª ed., Trotta, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Madrid, 1997, p. 918.

6. Cfr. Bolívar, Ligia, "Justicia y acceso. Los problemas y las soluciones", Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Nos. 32-33, Edición especial sobre 'Acceso a la Justicia', per. julio 2001-junio 2002, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, p. 72.

7. Incluso, varios instrumentos internacionales que ostentan singular valor en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, y que en Argentina han sido dotados de jerarquía constitucional, ponen de manifiesto la exigencia de que los ordenamientos domésticos aseguren el acceso a la justicia, por ejemplo, los arts. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8 de la CADH y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

8. En ese sentido, ver por ejemplo, Nogueira Alcalá, Humberto, Teoría y dogmática de los derechos fundamentales, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2003, p. 394.

Desde una perspectiva genérica, puede observarse que tanto el art. 38 del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional de la Sociedad de las Naciones cuanto el mismo número de artículo correspondiente al Estatuto de la actual Corte Internacional de Justicia (que sustituyó a aquel Tribunal Permanente) de la Organización de Naciones Unidas, han establecido la aplicación - inter alia - de "los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas", que - en definitiva - son los aceptados por las naciones in foro domestico. En consecuencia, todos los Estados que integran la comunidad internacional deben cumplir con tales pautas y con las normas de derecho convencional y consuetudinario que se establezcan sobre la base de aquéllas, pues los principios reconocidos por las naciones civilizadas son "obligatorios para todos los Estados *incluso fuera de todo vínculo convencional*" [9] [remarcado añadido], razón por la cual la circunstancia de que un Estado no haya ratificado la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no lo habilita jurídicamente a eximirse del deber de observancia dado que se está ante la presencia de normas internacionales de ius cogens, es decir, de práctica generalizada y obligatoria.

Todo lo mencionado precedentemente lleva a dirigir el punto de mira hacia la interacción de los tribunales nacionales y los internacionales en materia de derechos humanos, que se mueve al compás de una lógica compleja y genera una trama de relaciones no pocas veces conflictiva.

Éstos y otros condimentos de una cuestión de actualidad permanente, nos llevan a reiterar que la consolidación de una convergencia sustentable de ambas instancias jurisdiccionales se presenta como una necesidad inaplazable y pasa a simbolizar uno de los retos cruciales a los que se enfrenta la cabal protección del ser humano en el ámbito internacional.

Y en esta dinámica, los jueces nacionales se enfrentan a una nueva realidad a la que deben amoldarse, caracterizada - inter alia - por la ampliación del parámetro de control de constitucionalidad de la normativa infraconstitucional, la que - además de la Ley Fundamental- deberá ser cotejada con los instrumentos internacionales que conforman el estatuto básico de los derechos humanos.

Es así indudable que la creciente evolución del derecho internacional de los derechos humanos diversifica los retos que se posan sobre la magistratura judicial, entre los que se cuenta la imprescindibilidad de manejar una multiplicidad de fuentes (otrora inexistentes o con una carga preceptiva entonces posible de mediatizar) y de reestudiar diversas categorías jurídicas a la luz de las pautas internacionales.

Como es de suponer, el incumplimiento de aquellas obligaciones en el plano transnacional generará la responsabilidad estatal internacional, que naturalmente resultará agravada si la preterición de que se trate vehicula una infracción -por acción u omisión- a normas iusinternacionales fundamentales.

En este juego de conexiones y articulaciones entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos, no puede pasar inadvertido que, por caso, algunas irradiaciones del art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) quedan plasmadas en ciertos patrones hermenéuticos por conducto de los cuales ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y el ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados (inc. 'b'); o no puede serlo para excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno (inc. 'c').

---

9. Paráfrasis de una afirmación que la Corte Internacional de Justicia vertiera al evacuar la opinión consultiva de 28 de mayo de 1951: "Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide", Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, Leyden A. W. Sijthoff's Publishing Company, 1951, o Recueil, 1951, pp. 23/24.

Aunque sobreabundante, lo dicho apunta a relevar que ante un conflicto de interpretación o aplicación jurídicas entre una norma internacional de derechos humanos y otra interna sobre la materia, deberá en toda ocasión optarse por la solución que de modo más acabado y efectivo brinde mayor protección a los derechos humanos en juego, sea que aquélla se nutra de una fuente doméstica o de una proveniente del plano internacional.

Ello nos conduce al postulado pro homine que, según PINTO, constituye un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringidas cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o de suspenderlos en forma extraordinaria[10].

En otras palabras, tal pauta activa la necesidad de funcionalizar el principio de protección integral de la persona humana alimentado por la premisa que indica que Constitución e instrumentos internacionales sobre derechos humanos forman un cuerpo jurídico que orienta su vigencia hacia un mismo sustrato axiológico[11].

III. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 Y SU IMPACTO EN EL CAMPO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Uno de los sectores temáticos que ha sido fuertemente impactado por la innovación constitucional de 1994, cuando menos desde el plano normológico, es sin lugar a dudas el de los derechos fundamentales.

Como algunas señales claras en tal sentido, y sin ánimo alguno de taxatividad, pueden computarse: la ampliación del plafón de derechos explícitos (v.gr., arts. 37, 41, 42 de la Constitución Nacional [en adelante: C.N.]); la literalización de los procesos constitucionales de amparo, hábeas corpus y hábeas data (art. 43 ibíd.); el diseño de un nuevo paradigma del principio de igualdad, caracterizado por la exigencia de complementación de la igualdad formal (art. 16 ibíd.) con la igualdad material (artículos constitucionales 37 y 75, incs. 2°, 19 y 23); y la adjudicación de jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales en materia de derechos humanos (art. 75, inc. 22, párr. 2°, ibíd.), que hacen que la antigua figura de la 'pirámide' en la que su vértice superior era ocupado en solitario por la Constitución, haya devenido en una especie de 'trapecio' en cuyo plano más elevado comparten espacios en constante retroalimentación la Ley Fundamental y los documentos internacionales sobre derechos humanos con idéntica valía.

Este último factor (adjudicación de valencia constitucional a los instrumentos internacionales sobre la materia mencionada) a su vez ha generado no pocos (tampoco insignificantes) efectos

10. Pinto, Mónica, "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en Abregú, Martín y Courtis, Christian [compiladores]: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 163.

11. Aunque fuera del ámbito argentino, este último fundamento (orientación de la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos hacia un idéntico sustrato axiológico) fue puesto de manifiesto en un interesante precedente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del Salvador: Sentencia 52-2003/56-2003/57/2003, de 1 de abril de 2004, "Caso inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras". En dicho pronunciamiento la Sala revisa y modifica algunos de sus anteriores fallos en los que analizaba la influencia del derecho internacional de los derechos humanos en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico salvadoreño, sentando ahora la pauta que indica que debe reconocerse que no son contrarias a la Constitución aquellas normas internacionales que sean análogas o más amplias en su reconocimiento sobre los derechos humanos, pues la Constitución, en integración con los instrumentos internacionales en la materia forman un *corpus iuris* que dirige su ámbito de vigencia efectiva hacia un mismo sustrato axiológico: la dignidad humana y el catálogo de los derechos fundamentales que desarrollan los valores inherentes a su personalidad, es decir, dignidad, libertad e igualdad.
El texto (resumido) de la sentencia puede consultarse en Diálogo jurisprudencial, N° 1, julio-diciembre 2006, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad Nacional Autónoma de México (Instituto de Investigaciones Jurídicas) y Fundación Konrad Adenauer, México, D.F., 2006, pp. 153/163.

directos y colaterales, entre los cuales pueden mencionarse, en lista no taxativa: la amplificación cuantitativa y cualitativa del cartabón de derechos implícitos y explícitos; la instauración de los principios pro homine o favor libertatis y pro actione, con los criterios hermenéuticos que vienen por añadidura: interpretación de buena fe, pacta sunt servanda y los atinentes al objeto y el fin de los tratados; la vigorización de la pauta que determina la imposibilidad de alegar la existencia o inexistencia de normas de derecho interno para dejar de cumplir compromisos internacionales; y la ineludible responsabilidad internacional en caso de incumplimiento de éstos.

Entre un significativo número de consecuencias, todo ello ha provocado - como anticipábamos - la extensión formal y material del parámetro de control de constitucionalidad, en función de lo cual la normativa infraconstitucional debe ser examinada a la luz de la Norma Básica y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con valencia homóloga a ésta para verificar si supera satisfactoriamente el test de constitucionalidad.

Desde el plano formal, la anunciada extensión del canon de fiscalización constitucional se configura al haberse adjudicado valencia constitucional a un conjunto de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos; por su parte, desde el ángulo material, se hace ostensible por la exigencia que se cierne sobre los órganos jurisdiccionales en cuanto a recurrir a los principios y valores de la Norma Superior y de los documentos internacionales sobre el campo temático citado[12].

En paralelo a la citada dotación de jerarquía constitucional a un nutrido plexo de instrumentos internacionales sobre derechos humanos por la Convención Constituyente de 1994 o posteriormente por el Congreso de la Nación[13], la mencionada innovación constitucional también ha producido, *inter alia*, la necesidad de asegurar el (remozado) principio de igualdad a través de acciones positivas y la inexcusable implicación de todas las autoridades públicas en tales menesteres, en un escenario donde es imposible perder de vista el caudal axiológico que suministra el imperativo preambular de "afianzar la justicia". Todo ello fortalece la exigibilidad y la justiciabilidad de los derechos, obliga al Estado argentino y lo impele a volcar todos los esfuerzos y recursos posibles en el cabal cumplimiento de las exigencias internacionales asumidas en tal ámbito.

IV. LOS JUECES Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Un contexto de la magnitud descripta en el apartado anterior desnuda el sustancial compromiso adquirido por el Estado en la materia y disemina una nítida señal hacia los órganos del poder constituido (incluidos los jueces, por cierto), todos los cuales quedan alcanzados vinculatoriamente por la fuerza normativa de la Constitución, su supremacía y la de los documentos internacionales con igual magnitud a la de la Ley Fundamental.

Es claro, así, que cualquier interpretación de la preceptiva subconstitucional no podrá prescindir válidamente de dichos datos de la realidad constitucional ni soslayar la obligatoriedad de ser encauzada *de conformidad con la Constitución, el derecho internacional de los derechos humanos y los pronunciamientos de la Corte Interamericana, sin eludir tampoco la fuerza preceptiva de las recomendaciones de la Comisión Interamericana y de otros órganos internacionales de supervisión en la materia.*

---

12. Al respecto ver, *mutatis mutandi*, Aja, Eliseo y González Beilfuss, Markus, "Conclusiones generales", en Aja, Eliseo (editor), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998, p. 261.

13. A la nómina primigenia de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional originaria contenida en el art. 75, inc. 22, párr. 2°, de la Ley Fundamental, se han añadido, con idéntica alcurnia (aunque derivada), la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (a la que se ha deparado tal calidad por medio de la Ley 24.820, publicada el 29 de mayo de 1997) y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (a la que se le ha conferido esa valía mediante la Ley 25.778, B.O. de 3 de septiembre de 2003).

Es preciso reiterar que el Estado contemporáneo es Estado Constitucional, en cuyo contexto la Constitución ocupa un lugar central en el sistema jurídico (junto a los instrumentos internacionales universales y regionales básicos en materia de derechos humanos con valencia homóloga a la de la Carta Fundamental) y ostenta fuerza normativa.

Para medir en un plano general de discusión la trascendencia de la labor interpretativa a cargo de los tribunales, no debe olvidarse que el aseguramiento de la primacía constitucional - en interacción con las normas, principios y valores aportados por el derecho internacional de los derechos humanos - y la fuerza normativa de la Ley Fundamental, justamente dependen en buena medida de la tarea de hermenéutica constitucional, pues -como con elocuencia se ha afirmado- la interpretación constitucional "puede modificar, anular o vivificar la Constitución, o puede hacer que el sistema agonice o resplandezca"[14].

Siendo así, no puede disimularse el relevante papel que están llamados a cumplir los jueces en el Estado Constitucional, quienes deben abastecer la misión de elaborar sentencias razonadas, justas y jurídicamente sustentables porque buena dosis de su legitimidad queda supeditada a la racionalidad de tales pronunciamientos.

Estrechamente conectado al Estado Constitucional, el neoconstitucionalismo (fenómeno polisémico[15] que lleva a preguntarse si existe uno o varios neoconstitucionalismos), entre otras cosas, ha modificado el marco teórico del derecho constitucional, surgiendo -en cuanto a lo que aquí interesa- una nueva dogmática constitucional caracterizada por la *complejización* del Derecho. Éste devino menos previsible, permitiendo que en el terreno de la interpretación constitucional gane espacio la técnica de "ponderación" de valores, principios y conceptos jurídicos indeterminados, sobre la -hasta entonces- cuasi exclusiva labor de subsunción a la que los jueces estaban principalmente ceñidos.

El anhelable *aggiornamento* de la estructura de pensamiento del magistrado judicial y de su posicionamiento frente a ciertas causas dilemáticas, es tan imprescindible como dificultoso. En tal menester, la teoría de la argumentación puede proporcionar un útil servicio desde que se encarama como un elemento relevante de la interpretación constitucional, justamente porque -como subraya BARROSO - existen hipótesis (por ejemplo, ante cláusulas de contenido abierto, normas de principio y conceptos indeterminados) en las que el fundamento de legitimidad de la actuación judicial se transfiere al proceso argumentativo, pues el magistrado judicial debe demostrar racionalmente que la solución propuesta es la que realiza más adecuadamente la voluntad constitucional[16].

Ciertamente entonces, converge una serie de factores que, ante la multiplicidad de fuentes jurídicas[17] que aquél debe conocer y manejar fundamentalmente a partir de la citada innovación constitucional de 1994, impone un replanteamiento de su rol y lo coloca no infrecuentemente ante la exigencia de acometer una relectura de diversas cuestiones jurídicas no sólo ya a la luz de rígidos parámetros del proceso civil, sino de los postulados del derecho constitucional, el procesal constitucional y el internacional de los derechos humanos.

---

14. Carpizo, Jorge, voz "Interpretación constitucional", en Carbonell, Miguel (coordinador), *Diccionario de derecho constitucional*, 2002, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., p. 320.

15. Ver para ampliar, Bazán, Víctor, por ejemplo, en "Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión", *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, Tema central: Teoría Constitucional do Direito, N° 7, v. 2, enero/junio de 2006, Escola Superior de Direito Constitucional, São Paulo, pp. 280/303.

16. Barroso, Luís Roberto, "O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro", en AA.VV., *Visión iberoamericana del tema constitucional*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2003, p. 86.

17. Sobre el tema puede verse Palazzo, Eugenio Luis, *Las fuentes del derecho en el desconcierto de juristas y ciudadanos*, Fundación para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Buenos Aires, 2004.

En esa línea se inscribe la necesidad de llevar adelante una interpretación conforme no sólo a la Constitución sino también al derecho internacional de los derechos humanos, asumiendo como realidad incuestionable la renovación del sistema de fuentes del derecho, la extensión formal y material del parámetro de control de constitucionalidad, para cuya configuración ha contribuido el incesante desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y la citada adjudicación de jerarquía constitucional, originaria o derivada, a un importante repertorio de instrumentos internacionales sobre aquella materia.

Paralelamente, se ha incrementado el nivel de exigencia del estándar impuesto a la magistratura judicial (esencialmente a la Corte Suprema de Justicia por su condición de cabeza de Poder y su indisimulada decisión de consolidarse definitivamente -al menos desde el ámbito material- como un tribunal constitucional[18]) en la faena de argumentación de sus sentencias, principalmente de aquellas con trascendencia constitucional, como presupuesto de su propia legitimidad institucional. Es asimismo innegable que, al demandárseles un mayor esfuerzo en la justificación racional de sus decisiones, se ven impelidos a abandonar atavismos y a recurrir a herramientas interpretativas más sofisticadas, no por esnobismo constitucional sino para reforzar el calibre de las posiciones jurisdiccionales que, en casos complejos, generen precedentes imbuidos de ejemplaridad en el marco del rol que ostentan como órganos de cierre de la justicia constitucional.

V. La Corte Suprema de Justicia argentina y su jurisprudencia reciente en materia de derechos humanos

1. Los cambios recientes en la composición del Máximo Tribunal argentino

Como relevante dato fáctico que cabe computar inicialmente, debe tomarse en consideración que en los últimos años se han producido varios movimientos en la integración del Alto Tribunal. Tales innovaciones han resultado determinantes para favorecer el proceso de rediseño institucional que viene experimentando últimamente.

En el contexto anunciado, se observa que se concretaron las renuncias de los doctores Bossert y Nazareno, quienes fueron reemplazados, respectivamente, por los ministros Maqueda y Zaffaroni. Tampoco están ya los doctores López (quien falleció luego de alejarse del Tribunal) y Moliné O'Connor (removido por juicio político). Una de tales vacantes fue cubierta por la doctora Highton de Nolasco; la restante, por la doctora Argibay. Igualmente, dimitió el doctor Vázquez y se incorporó el doctor Lorenzetti (actualmente, año 2007, presidente de la Corte).

Por su parte, en junio de 2005 el doctor Belluscio renunció a su cargo con efecto a partir del 1° de septiembre del mismo año. Días después, concretamente el 28 de este último mes, el doctor Boggiano fue destituido por el Senado de la Nación como desenlace del juicio político seguido en su contra.

En consecuencia, la Corte ha quedado integrada con los siguientes siete ministros19: Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay.

---

18. Para un análisis sobre esta última cuestión, ver Bazán, Víctor, "Algunos problemas y desafíos actuales de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica", Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2007, T° I, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, pp. 37/61; y con mayor detalle, del mismo autor, "De jueces subrogantes, casos difíciles y sentencias atípicas", Jurisprudencia Argentina, LexisNexis, Buenos Aires, 15 de agosto de 2007, pp. 23/33; y "Derecho Procesal Constitucional: estado de avance, retos y prospectiva de la disciplina", La Ley [Suplemento de Derecho Constitucional], Buenos Aires, 27 de agosto de 2007, pp. 1/21.

19 A la fecha de actualizar este trabajo: diciembre de 2007.

En el futuro, cuando se produzcan vacantes definitivas en los cargos ocupados por los actuales componentes del Tribunal, las mismas no serán cubiertas hasta que se alcance la cantidad de cinco integrantes, la que, por imperio de la Ley 26.18320, constituye el nuevo número institucional que definitivamente deberá tener el Tribunal21.

2. Explicación introductoria

La importancia de la problemática de los derechos humanos aparece con renovado vigor en varios fallos recientes de la Corte Suprema (fundamentalmente a partir de la remozada composición del Tribunal a la que aludiéramos en el subapartado anterior), algunos de los cuales serán reseñados aquí sin perjuicio de intercalar otros en segmentos posteriores de este trabajo.

La mencionada impronta, enfocando principalmente el marco de los derechos civiles y políticos, se hace patente en: "Arancibia Clavel"[22], "Hooft"[23], "Verbitsky"[24], "Lariz Iriondo"[25], "Simón"[26], "Casal"[27], "Mazzeo"[28] y "Editorial Río Negro S.A."[29]; donde figuran variadas referencias a la normativa y la jurisprudencia de los respectivos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos.

Específicamente en lo que atañe a los derechos económicos, sociales y culturales, la aludida tendencia se observa, v.gr., en: "Castillo"[30], "Vizzoti"[31], "Aquino"[32], "Milone"[33], "Itzcovich"[34], "Sánchez"[35], "Gemelli"[36], "Siri"[37], "Zapata"[38], "S., M. A."[39], "Badaro I[40] y II[41]" y "Rinaldi"[42].

Por su parte, la trascendencia de la temática en estudio imprime igualmente su huella en algunas relevantes acordadas del Tribunal, que *infra* serán sumariamente relevadas.

---

20 La ley fue sancionada el 29 de noviembre de 2006, promulgada el 15 de diciembre de 2006 y publicada en fecha 18 de diciembre de 2006.

21 El art. 2 de la citada Ley 26.183 incorpora como art. 21 del Decreto-Ley 1.285/58, texto según Ley 16.895, un precepto que en lo que aquí interesa determina que "[l]a Corte Suprema de Justicia de la Nación estará compuesta por cinco (5) jueces".
Por su parte, el art. 3 de la ley que reseñamos contiene una disposición transitoria, que reza:
"La reducción de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuesta por el artículo anterior, operará del siguiente modo:
"Desde la entrada en vigencia de la presente ley se reducirá transitoriamente a siete (7) el número de jueces que la integran. A partir de dicha reducción, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se adoptarán por el voto mayoritario de cuatro (4) de sus miembros.
"*A posteriori*, en oportunidad de producirse una vacante definitiva se reducirá transitoriamente a seis (6) el número de jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En dicho período las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se adoptarán por el voto mayoritario de cuatro (4) de sus miembros.
"Producida una nueva vacante definitiva, se reducirá a cinco (5) el número de jueces que la componen. Las decisiones se adoptarán por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros".

22 "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa N° 259-", de 24 de agosto de 2004 (*Fallos*, 327:3294).

23 "Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", de 16 de noviembre de 2004 (*Fallos*, 327:5118).

24 "Verbitsky, Horacio", de 3 de mayo de 2005 (*Fallos*, 328:1146).

25 "Lariz Iriondo, Jesús M.", de 10 de mayo de 2005 (*Fallos*, 328:1268).

26 "Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. - causa N° 17.768-", de 14 de junio de 2005 (*Fallos*, 328:2056).

27 "Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa - causa N° 1.681-", de 20 de septiembre de 2005 (*Fallos*, 328:3399).

28 "M.2333.XLII, 'Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad'", de 13 de julio de 2007.

29 "Editorial Río Negro S.A. c/ Provincia del Neuquén s/ Acción de amparo", de 5 de septiembre de 2007.

30 "Castillo, Ángel Santos c/ Cerámica Alberdi S.A.", de 7 de septiembre de 2004 (*Fallos*, 327:3610).

31 "Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/ despido", de 14 septiembre de 2004 (*Fallos*, 327:3677).

32 "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ art. 39 Ley 24.557", de 21 de septiembre de 2004 (*Fallos*, 327:3753).

33 "Milone, Juan Antonio c/ Asociart S.A., Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/ accidente - Ley 9.688", de 26 de octubre de 2004 (*Fallos*, 327:4607).

34 "Itzcovich Mabel c/ Administración Nacional de Seguridad Social (ANSeS) s/ reajustes varios", de 29 de marzo de 2005 (*Fallos*, 328:566).
Una referencia detallada a tal fallo puede verse en Bazán, Víctor, "La Corte Suprema de Justicia argentina y la depuración de su competencia apelada por medio del control de constitucionalidad", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 5, enero/junio 2006, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Porrúa, México, D.F., pp. 257/287.

35 "Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS s/ reajustes varios", de 17 de mayo de 2005 (*Fallos*, 328:1602).

36 "Gemelli, Esther Noemí c/ ANSeS s/ reajustes por movilidad", de 28 de julio de 2005 (*Fallos*, 328:2829).

37 "Siri, Ricardo Juan c/ ANSeS s/ reajustes varios", de 9 de agosto de 2005 (*Fallos*, 328:3045).

38. "Zapata, Lucrecia Isolina c/ ANSeS s/ pensiones", de 16 de agosto de 2005 (*Fallos*, 328:3099).

39. "S., M. A. c/ Siembra A.F.J.P. S.A.", de 11 de octubre de 2005 (Fallos, 328:3654).

40 "B.675.XLI, 'Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSes s/ reajustes varios'", de 8 de agosto de 2006 (*Fallos*, 329:3089).

41 Se trata de un segundo pronunciamiento en la causa identificada en la nota anterior, emitido el 26 de noviembre de 2007.

42 "R.320.XLII', 'Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s/ ejecución hipotecaria'", de 15 de marzo de 2007.

3. Precedentes vinculados a la materia de los derechos civiles y políticos

En efecto, en la primera línea de decisorios mencionados el Tribunal examinó cuestiones de relevancia jurídica e institucional con facetas de singular interés en el plano de los derechos humanos, algunas de las cuales serán anunciadas en la síntesis que sigue:

A) "Arancibia Clavel" y "Lariz Iriondo"

En "Arancibia Clavel"[43] la Corte se enfrentó a la ardua temática de la prescripción de la acción penal establecida en el ordenamiento jurídico interno vis-à-vis el derecho internacional consuetudinario y convencional, en el ámbito de los crímenes o delitos de lesa humanidad.

Concretamente, declaró procedente una queja y el recurso extraordinario que había sido denegado por la Cámara Nacional de Casación Penal, revocando la sentencia de este último tribunal, en cuanto había declarado extinguida la acción penal por prescripción en la causa seguida por el delito de asociación ilícita con fines de persecución y exterminio de opositores políticos.

Entre varios argumentos, la mayoría dejó por ejemplo sentado que el delito de asociación ilícita perpetrado para perseguir opositores políticos por medio de homicidios, desapariciones forzadas de personas y tormentos reviste carácter de crimen contra la humanidad y, por ende, es imprescriptible, sin que corresponda declarar extinta la acción penal aun cuando haya transcurrido el plazo previsto en el art. 62, inc. 2°, en función del art. 210 del Código Penal, pues tal disposición resulta desplazada por el derecho internacional consuetudinario y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

Además, dicho voto triunfante puntualizó (consid. 36) que a partir del fallo de la Corte Interamericana en el "Caso Velázquez Rodríguez"[44], "quedó claramente establecido el deber del Estado de estructurar el aparato gubernamental, en todas sus estructuras del ejercicio del poder público, de tal manera que sus instituciones sean capaces de asegurar la vigencia de los derechos humanos, lo cual incluye el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la convención. Desde este punto de vista, la aplicación de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción constituye una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar, y consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional (conf. CIDH, caso 'Barrios Altos', sentencia del 14 de marzo de 2001, considerando 41, Serie C N° 75; caso 'Trujillo Oroza vs. Bolivia', Reparaciones, sentencia del 27 de febrero de 2002, considerando 106, Serie C N° 92; caso 'Benavides Cevallos', Cumplimiento de sentencia, resolución del 9 de septiembre de 2003, considerandos 6 y 7)".

De cualquier modo, para evitar un enfoque parcializado y aunque quebremos la línea cronológica de esta secuencia de fallos, deben señalarse algunas divergencias de criterio entre lo resuelto en "Arancibia Clavel" y lo decidido *in re* "Lariz Iriondo"[45].

---

[43] Los votos respondieron al siguiente detalle: los doctores Zaffaroni y Highton de Nolasco suscribieron la posición mayoritaria. A su tiempo, los ministros Petracchi, Boggiano y Maqueda firmaron sendas concurrencias. Finalmente, por medio de disidencias individuales se pronunciaron los doctores Belluscio, Fayt y Vázquez.

[44] Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, N° 4, San José de Costa Rica, consid. 172.

[45] Ver opinión de García Belsunce, Horacio, en la nota periodística elaborada por Rouillon, Jorge, "Denuncian inseguridad jurídica y hegemonía", La Nación, 10 de diciembre de 2005, Buenos Aires, p. 2.

El entrevistado cuestionó el criterio de la Corte Suprema que consideró que "el delito de lesa humanidad sólo corresponde al terrorismo de Estado, desconociendo que el Estatuto de Roma menciona explícitamente a la política de un Estado o de una organización". En síntesis, censuró que el Tribunal entendiera que "los asesinatos, exterminios o torturas cometidos por organizaciones terroristas no estatales no son crímenes de lesa humanidad".

En esta última, el Tribunal rechazó el recurso ordinario de apelación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y confirmó la sentencia de primera instancia que había desestimado el pedido de extradición realizado por España respecto de un miembro de la organización terrorista ETA en virtud de la colocación y detonación de explosivos en la vía pública.

Del consid. 26 del voto que encabeza la mayoría[46] surge que "el Tribunal considera que en el derecho internacional no existe un desarrollo progresivo suficiente que permita concluir que todos y cada uno de los actos que a partir de tratados internacionales pasan a ser calificados como 'actos de terrorismo' puedan reputarse, tan sólo por esa circunstancia delitos de lesa humanidad".

Como explica GELLI, la Corte diseña una línea que divide diferentes tipos de terrorismo, algunos de los cuales - por ejemplo, cuando se trata de actos cometidos por personas asociadas ilícitamente para ello - no son delitos políticos pero tampoco de lesa humanidad[47], concluyendo la mencionada autora que la cuestión jurídica luce problemática en nuestro país, "y en algún punto contradictoria con las soluciones concretas que se han articulado", por lo que, para enderezarla, se "requiere, en primer término, sincerar los parámetros de política institucional que deben resolverla"[48].

Puestos ambos fallos en perspectiva, y emplazando imaginariamente a los decisorios recaídos en "Simón" y "Mazzeo" -que infra abordaremos sumariamente- en la línea de "Arancibia Clavel", pareciera que la tendencia del Tribunal se dirige a generar una suerte de estándar dual: ser permeable a la reapertura de procesos en contra del denominado "terrorismo de Estado" y paralelamente refractario a adoptar idéntico criterio en causas contra lo que algunos denominan el "terrorismo subversivo" (esto último en "Lariz Iriondo").

B) "Hooft"

En este precedente, el Tribunal admitió la tacha de inconstitucionalidad impetrada por el actor acerca de una disposición de la Ley Fundamental de la Provincia de Buenos Aires, concretamente, su art. 177, que -a juicio del accionante- le cercenaba su derecho a ser juez de Cámara -o eventualmente de Casación- al requerir, para acceder a tal cargo, "haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo si hubiese nacido en país extranjero"[49].

La acción se ventiló en sede provincial y el recurso extraordinario federal planteado por el demandante contra la sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires dio lugar al pronunciamiento por el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró que la causa en cuestión correspondía a su competencia originaria de conformidad con los arts. 116 y 117 de la C.N. Fue así como el Máximo Tribunal, por mayoría[50], admitió la demanda y, argumentando la violación de los arts. 23 de la CADH y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), ambos equiparados jerárquicamente a la C.N., y la consecuente discriminación sufrida por el peticionante, declaró la inconstitucionalidad del citado precepto de la Carta Magna provincial.

---

46 El voto triunfante fue firmado por los doctores Petracchi, Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay. Por su voto, se expidieron los ministros Maqueda y Zaffaroni, conjuntamente; y Belluscio y Fayt, de manera individual. A su tiempo, la solitaria disidencia fue del doctor Boggiano.

47 Cfr. Gelli, María Angélica, "El terrorismo y el desarrollo progresivo de un delito internacional", La Ley, T° 2005-E, Buenos Aires, pp. 1179/1180.

48 Ibíd., p. 1180.

49 El actor nació en Utrecht, Holanda, el 25 abril de 1942; ingresó al país en 1948 y obtuvo la nacionalidad argentina en 1965. Además, desde 1976 hasta el momento de articular la acción, ejerció como Titular del Juzgado en lo Penal N° 13 del Departamento Judicial de Mar del Plata.

50 La mayoría estuvo integrada por los doctores Petracchi, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco. Por su parte, el único que se separó del voto triunfante fue el doctor Belluscio, quien plasmó una disidencia propiciando el rechazo de la demanda.

Como mensaje final, debe destacarse - entre variadas aristas de interés que ofrece el pronunciamiento- que el temperamento adoptado por la Corte Nacional trasunta su percepción en torno a la nombrada ampliación - tanto formal cuanto sustancial - del parámetro de control de constitucionalidad a partir de la innovación constitucional de 1994.

C) "Verbitsky"

El representante legal del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), dedujo ante el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires una acción de hábeas corpus correctivo y colectivo en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires detenidas en establecimientos penales y comisarías sobrepoblados, a pesar de que legal y constitucionalmente su alojamiento debería desarrollarse en centros de detención especializados.

El planteo fue desestimado por la Sala IIIa de la Cámara de Casación Penal local por considerar que no era el órgano competente para intervenir en los hechos denunciados en la presentación, pues en ésta, se hacía una referencia genérica y colectiva a las distintas situaciones e irregularidades en que se encontraban las personas privadas de su libertad en causas penales y detenidas en comisarías o establecimientos policiales provinciales. Indicó que no procedía tomar una única decisión que englobase situaciones plurales indeterminadas, aun cuando estuvieran referidas a un problema común, y que correspondía que cada supuesto fuera evaluado por el juez propio de la causa.

Ello llevó al actor a plantear sendos recursos de nulidad e inaplicabilidad de ley, que fueron declarados inadmisibles por la Suprema Corte de Justicia provincial, frente a lo cual dedujo un recurso extraordinario, cuya denegación originó la presentación directa ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que - por mayoría[51] - revocó la sentencia en cuestión.

En síntesis, la Corte Nacional admitió la queja, declaró procedente el recurso extraordinario y revocó la sentencia apelada. Para operativizar el fallo, dispuso además:

Declarar que las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la Ley 24.660, configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención;

- disponer que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, haga cesar en el término de sesenta (60) días la detención en comisarías de la provincia de menores y enfermos;
- instruir al mencionado órgano judiciario y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias, con la urgencia del caso, hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal;
- ordenar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que, por intermedio de la autoridad de ejecución de las detenciones, remita a los jueces respectivos, en el término de treinta (30) días, un informe pormenorizado, en el que consten las condiciones concretas en que se cumple la detención (características de la celda, cantidad de camas, condiciones de higiene, acceso a servicios sanitarios, etc.), a fin de que éstos puedan ponderar adecuadamente la necesidad de mantener la detención, o bien, dispongan medidas de

[51] La mayoría quedó conformada por los ministros Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti. Por su parte, en disidencia se expidió el doctor Boggiano y, también disidentemente -aunque sólo en forma parcial-, lo hicieron por separado los ministros Fayt y Argibay.

cautela o formas de ejecución de la pena menos lesivas. Asimismo, entendió pertinente que se informara en el plazo de cinco (5) días toda modificación relevante de la situación oportunamente comunicada;

- disponer que cada sesenta (60) días el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires informe a la Corte Nacional las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos en todo el territorio de la provincia;
- exhortar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales; y
- encomendar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que, a través de su Ministerio de Justicia, organice la convocatoria de una mesa de diálogo a la que invitaría a la accionante y restantes organizaciones presentadas como amici curiae, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil, debiendo informar a esta Corte cada sesenta días de los avances logrados.

El fallo es sin duda relevante, entre otros aspectos, porque la Corte -activismo mediante- diseñó un remedio jurisdiccional para combatir las omisiones contrarias a la Constitución y a los tratados internacionales con valencia homóloga en que incurren las autoridades provinciales competentes en materia de ejecución penal, y que resultan violatorias, v.gr., del art. 18 de la C.N. y de los arts. XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (todo individuo "tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad"), 10 del PIDCP ("toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano") y 5, inc. 2°, de la CADH (norma con similar configuración léxica y contenido semántico a la del Pacto citado en último término) -ver consid. 39 de la mayoría-.

En el sentido expuesto, el Tribunal eleva al nivel de estándar básico infranqueable a las "Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas", recogidas por la Ley 24.660, como cartabón de pautas fundamentales a las que debe sujetarse toda detención para que la privación de la libertad ambulatoria legítimamente impuesta por un órgano judicial competente se adapte a los lineamientos indispensables para preservar la dignidad de la persona humana (cfr. id. consid.).

D) "Simón"

En el presente caso[52] el Tribunal afrontó el complejo tema del análisis de constitucionalidad de las Leyes 23.492 de "punto final" y 23.521 de "obediencia debida", a las que declaró inconstitucionales. Al mismo tiempo, determinó a todo evento de ningún efecto, además de dichas leyes, a cualquier acto fundado en ellas que pudiera oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación argentina.

Presentado en breves líneas, se observa que en el consid. 23 de la moción triunfante la Corte Suprema puntualizó que las dudas con respecto al alcance concreto del deber del Estado

52. El esquema de votación fue el siguiente: la moción que encabeza el fallo fue firmada por el doctor Petracchi. Por su parte, en sendas concurrencias se pronunciaron los ministros Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco, Lorenzetti (los cuatro coinciden con los consids. 1 a 11 del voto del doctor Petracchi), Argibay (quien concuerda con los consids. 1 a 6 del mencionado voto del ministro Petracchi) y Boggiano. Finalmente, el doctor Fayt se expidió en disidencia.

argentino con relación a aquellas leyes habían quedado esclarecidas a partir de la decisión de la Corte Interamericana en el caso "Barrios Altos"[53], que mencionáramos precedentemente. Y para enfatizar la posición que adoptaba, en el consid. siguiente dejó en claro que la traslación de las conclusiones de "Barrios Altos" al caso argentino "resulta imperativa", si es que las decisiones de la Corte Interamericana "han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales", al tiempo de subrayar (en el consid. 26) que en aquel caso ésta "estableció severos límites a la facultad del Congreso para amnistiar, que le impiden incluir hechos como los alcanzados por las leyes de punto final y obediencia debida. Del mismo modo, toda regulación de derecho interno que, invocando razones de 'pacificación' disponga el otorgamiento de cualquier forma de amnistía que deje impunes violaciones graves a los derechos humanos perpetradas por el régimen al que la disposición beneficia, es contraria a claras y obligatorias disposiciones de derecho internacional, y debe ser efectivamente suprimida".

E) "Casal"

En orden a garantizar el derecho a la doble instancia del condenado en un juicio oral adecuándolo a las exigencias de la CADH (art. 8.2.'h') y el PIDCP (art. 14.5), la Corte[54] determinó que la Cámara Nacional de Casación Penal no será en adelante una instancia extraordinaria sino que actuará como instancia ordinaria, es decir, deberá realizar una revisión amplia del caso (de acuerdo con el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación), con lo cual no podrá limitarse a examinar sólo cuestiones jurídicas, sino también los hechos expuestos y las pruebas rendidas en el juicio oral.

El consid. 23 del voto mayoritario indica que el aludido precepto del citado Código debe ser leído exegéticamente proporcionando un resultado análogo al de la doctrina y la jurisprudencia alemanas con la teoría de la Leistungsfähigkeit, o sea, que el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, es decir, por agotar la revisión de lo revisable.

Dicho de otra manera, la Corte interpreta tal norma de acuerdo con la teoría del máximo de rendimiento (ver consid. 32 de la mayoría), debiendo la tarea revisora ser todo lo extensa que sea posible conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la inmediación, sólo evitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas (consid. 34 de la moción triunfante)[55].

F) "Mazzeo"

Se trata de un pronunciamiento que exuda gran importancia institucional y un firme mensaje de la Corte Suprema como cabeza de unos de los poderes del Estado, en este caso, al Ejecutivo.

Por mayoría[56], confirmó la sentencia de la Sala IIª de la Cámara Nacional de Casación Penal que había reputado inconstitucional el Decreto 1.002/89 mediante el cual el Poder Ejecutivo Nacional indultó - entre otras personas- a Santiago Omar Riveros en la ex causa 85 de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín. El Máximo Tribunal basó la declaración de inconstitucionalidad del mencionado decreto, en los arts. 18, 31, 75 -inc. 22-, 99 -inc. 5°- y 118 de la C.N.; 1, 8.4 y 25 de la

53 La referencia completa es la siguiente: Corte IDH, "Caso Barrios Altos, Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú", sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, N° 75, San José de Costa Rica.

54 La mayoría estuvo compuesta por los doctores Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti. Por su parte, en votos concurrentes lo hicieron los ministros Highton de Nolasco, Fayt y Argibay.

55 Tal posición ha sido reiterada por la Corte en "Martínez Areco, Ernesto s/ causa N° 3.792, recurso de casación (interpretación del art. 456, inc. 2°, del Código Procesal Penal de la Nación)", de 25 de octubre de 2005 (*Fallos*, 328:3741).

56 Los alineamientos fueron: por la mayoría, votaron los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; en disidencia se expidió el ministro Fayt y en disidencia parcial lo hizo la doctora Argibay.

CADH; y 14.7 del PIDCP (consid. 38 del voto que encabeza el decisorio). Naturalmente, la interpretación realizada por la mayoría de la Corte moldea un relevante criterio institucional (que seguramente no agotará su operatividad con el presente caso) en torno a la invalidez constitucional de la atribución presidencial de emitir indultos que beneficien a sujetos acusados de cometer delitos de lesa humanidad (ver, por ejemplo, consid. 31 de la mayoría).

Es particularmente relevante el consid. 21 de la mayoría en el que, mostrando gran permeabilidad hacia los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cita el criterio que ésta expusiera en el caso "Almonacid Arellano"[57], de 26 de septiembre de 2006, en los siguientes términos: "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana" (párr. 124).

Recapitulando, pone en cabeza de los poderes judiciales de los Estados la obligación de llevar adelante el 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH, tomando en consideración al efecto no sólo la letra de dicho pacto sino la lectura que del mismo ha realizado el Tribunal interamericano que, como se sabe, es el intérprete último de aquél.

En definitiva, entroniza la pauta de *interpretación conforme a la CADH* como estándar hermenéutico a respetar y resguardar por parte de los órganos jurisdiccionales vernáculos.

Por lo demás, el fallo genera una controversia jurisdiccional entre los miembros de la Corte Suprema (ver las respectivas disidencias de los jueces Fayt y Argibay) y doctrinal en torno a la declaración de inconstitucionalidad de los decretos de indulto en delitos de lesa humanidad y las garantías de la cosa juzgada y de *ne bis in idem*.

Si bien son entendibles y fundados los argumentos de quienes privilegian estas garantías constitucionales y critican la decisión de la mayoría, tanto el tenor jurídico y axiológico de los crímenes de lesa humanidad, cuanto la impronta de la reforma constitucional de 1994 en materia de derechos humanos y el hecho insoslayable de la asunción por nuestro país de compromisos internacionales en materia de derechos humanos[58], agravados por la jerarquización constitucional de diversos instrumentos en la materia y el reconocimiento de la competencia de órganos

57 Corte IDH, "Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile", sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154, San José de Costa Rica.

58 Una muestra reciente de la tendencia seguida por Argentina en materia de derechos humanos se configuró el 14 de diciembre de 2007, cuando procedió a ratificar la convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, depositando el respectivo instrumento ratificatorio en la sede de las Naciones Unidas, en Nueva York. Nuestro país, que aprobó la convención por medio de la Ley 26.298, se convirtió en el primero de América y el segundo en el mundo en ratificar dicha convención, que fue firmada por 71 estados y que requiere de 20 ratificaciones para entrar en vigor internacionalmente.

Según explica la Cancillería argentina, "[u]na de sus disposiciones más trascendentes es aquella que consagra la jurisdicción universal para garantizar la obligación de todo Estado Parte de investigar, detener y eventualmente juzgar a toda persona que se encuentre en su territorio, de la que se supone que ha cometido este delito, o de ser el caso a extraditarla, sin que se pueda considerar la desaparición como delito político para rechazar los pedidos de extradición". Añade que viene a llenar "un vacío existente en el derecho internacional tanto en términos de prevención de las violaciones de derechos humanos y de los derechos de las víctimas, así como en cuanto a la obligación de los Estados de investigar y sancionar a los responsables" (cfr. "Derechos Humanos: La Argentina se convirtió hoy en el primer país de América en ratificar la Convención contra las Desapariciones Forzadas", Información para la Prensa N° 519/07, 14 de diciembre de 2007, Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, Fuente: www.cancilleria.gov.ar/portal/prensa).

gravitantes en el sistema interamericano (Comisión y Corte Interamericanas[59]); son circunstancias no fácilmente desdeñables que a nuestro criterio justifican la posición sustentada por la mayoría del Máximo Tribunal argentino.

Sin embargo, y como toda cuestión dilemática, naturalmente el debate seguirá abierto a su respecto.

G) "Editorial Río Negro S.A."

Se trata de un fallo que también ostenta importancia institucional, resuelto en competencia originaria por la Corte Suprema para preservar la libertad de expresión y reiterar su enorme relevancia en un Estado democrático y republicano.

La demanda (acción de amparo) se sustentaba en la disminución y posterior cesación de publicidad oficial en el Diario Río Negro por parte del gobierno de la provincia del Neuquén. La actora atribuía tal actitud gubernamental (catalogada de "discriminatoria") a que en diciembre de 2002 el diario difundió la denuncia que el día 7 de ese mes y ese año un diputado de la provincia del Neuquén había efectuado en el sentido de que el vicepresidente primero de la Legislatura local le habría ofrecido un crédito por $ 640.000 de una entidad local a fin de que diera quórum para permitir el tratamiento de las ternas propuestas por el gobernador de la provincia para cubrir las vacantes judiciales que existían en el Superior Tribunal de Justicia local "con abogados de su confianza".

En este breve repaso no podemos ahondar en la cuestión, por lo que simplemente referiremos de manera esquemática algunos puntos que hacen al criterio elaborado por la mayoría[60] del Tribunal: a) medió supresión y reducción sustancial de la publicación oficial al diario demandante; b) no hubo motivos razonables para ello, dejándose sentado que la existencia de los mismos debe ser probada por el Estado; c) se configuró un ejercicio irrazonable de facultades discrecionales; y d) si bien no puede afirmarse la existencia de un derecho de los medios a recibir una determinada cantidad de publicidad oficial, sí existe un derecho contra la asignación arbitraria o la violación indirecta de la libertad de prensa por medios económicos.

Con relación a esto último, la Corte argumentó que el Estado puede dar o no dar publicidad oficial, pero si decide hacerlo debe cumplir dos requisitos constitucionales: a) no puede manipularla, dándola y retirándola a algunos medios en base a criterios discriminatorios; y b) no puede utilizarla como un modo indirecto de afectar la libertad de expresión.

Por lo demás, confirma que es un deber de los tribunales proteger los medios para que exista un debate plural sobre los asuntos públicos, lo que constituye un presupuesto esencial para el gobierno democrático. Asimismo, se remite a ciertas pautas sentadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la OC-5/85 sobre "La colegiación obligatoria de periodistas"[61] y en las sentencias recaídas en los casos "La Última Tentación de Cristo [Olmedo Bustos y otros] c/

---

59 No puede soslayarse que la Corte Interamericana dijo en "Barrios Altos" que "son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos" (sentencia de 14 de marzo de 2001, párr. 41).
Además, en el citado caso "Almonacid Arellano" reiteró que los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna; por lo que, consecuentemente, los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía (párr. 114).

60 Conformaron la mayoría los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco y Zaffaroni; votando concurrentemente con ellos el ministro Fayt. Por su parte, las disidencias correspondieron en forma individual al doctor Maqueda y conjunta a los ministros Petracchi y Argibay.

61 Corte IDH, OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985, "La colegiación obligatoria de periodistas [arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos]", Serie A: Fallos y Opiniones, N° 5, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1985, específicamente el párr. 69.

Chile"[62] (5 de febrero de 2001), "Ivcher Bronstein c/ Perú"[63] (6 de febrero de 2001) y "Herrera Ulloa c/ Costa Rica"[64] (2 de julio de 2004), para concluir reafirmando que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, y que dicha libertad requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

En síntesis, admitió la demanda condenando a la Provincia del Neuquén a que las futuras publicaciones sean adjudicadas con un criterio compatible con las razones expuestas; no obstante lo cual, entendió que las modalidades de ejecución deberían diferir necesariamente de las usuales, por lo que en función de tales condiciones, requirió a la demandada la presentación en un plazo de treinta días de un esquema de distribución de publicidad, respetuoso de los términos y principios que informan la decisión que el Tribunal adoptó.

4. Línea jurisprudencial relativa a derechos económicos, sociales y culturales

En cuanto a lo que atañe a los derechos económicos, sociales y culturales[65], es importante colacionar aunque sea telegráficamente, los fallos enumerados supra, según los siguientes trazos referenciales:

A) "Castillo"

Con criterio unánime de los ministros votantes[66], el Tribunal declaró la inconstitucionalidad del art. 46.1 de la Ley de Riesgos del Trabajo (LRT) 24.557, que establece la competencia federal para recurrir las resoluciones de las comisiones médicas provinciales, norma que el Tribunal juzgó contraria a la pauta consagrada en los arts. 75, inc. 12, y 116 de la C.N., en función de la cual los temas de derecho laboral y seguridad social son de competencia de los fueros ordinarios.

B) "Vizzoti"

Modificando su posición jurisdiccional anterior, unánimemente[67] declaró inconstitucional, por irrazonable, el límite a la base salarial previsto en los párrafos 2° y 3° del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (según Ley 24.013[68]) para calcular la indemnización por despido incausado.

Por lo demás, y con un movimiento activista adicional, al tiempo de desactivar por inconstitucional aquel límite, moduló un criterio normativo aplicable a la causa al determinar per se que correspondía aplicar aquella limitación sólo hasta el 33% de la mejor remuneración mensual, normal y habitual computable.

---

62. Corte IDH , Serie C, N° 73, párr. 65.

63. Corte IDH, Serie C, N° 74, párr. 149.

64. Corte IDH, Serie C, N° 107, párr. 108.

65. Sobre los derechos económicos, sociales y culturales, ver Bazán, Víctor, entre otros trabajos, en: "Vías de maximización protectiva de los derechos económicos, sociales y culturales", *La Ley*, 30 de julio de 2007, Buenos Aires, pp. 1/6; "Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, pp. 547/583; e "Impacto de la reforma constitucional en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales", *Jurisprudencia Argentina*, Número Especial 'A 10 años de la reforma constitucional', LexisNexis, 25 de agosto de 2004, Buenos Aires, pp. 12/29.

66 Votaron los doctores Petracchi, Belluscio, Fayt, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco.

67 En efecto, votaron coincidentemente todos los ministros firmantes, doctores Petracchi, Belluscio, Fayt, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco.

68 B.O. de 17 de diciembre de 1991.

C) "Aquino"

En este fallo confirmó - mayoritariamente[69] - las sentencias de las instancias de mérito en las que, en el contexto de un reclamo por accidente de trabajo, se había declarado la inconstitucionalidad del art. 39.1 de la LRT y condenado a la empleadora al pago de la indemnización por daños fundada en el Código Civil.

D) "Milone"

Por mayoría[70], entendió que si bien la LRT (art. 14.2.'b') no resulta inconstitucional por establecer como regla, para determinadas incapacidades, que la reparación dineraria por el infortunio laboral sea satisfecha mediante una renta periódica, sí es merecedora de reproche constitucional por no fijar excepción alguna (que permita que la reparación pueda ser saldada en un pago único) para supuestos como el analizado en la causa: persona de 55 años, cuya actividad laboral consistía en conducir un taxi y que, entre los distintos padecimientos detectados que le generaban una minusvalía laboral del 65%, había perdido la visión del ojo izquierdo, configurándose una situación que le imposibilitaba su reubicación laboral dado el tipo de tarea que realizaba.

En tal sentido, el Tribunal concluyó, por tanto, que el criterio legal no se adecuaba al objetivo reparador cuya realización procuraba, añadiendo que frente a tales circunstancias la norma consagraba una solución incompatible con el principio protectorio y los requerimientos de condiciones equitativas de labor (art. 14 bis de la Ley Fundamental), al tiempo que mortificaba el ámbito de libertad resultante de la autonomía del sujeto para elaborar su proyecto de vida e introducía un trato discriminatorio.

E) "Itzcovich"

Declaró aquí por mayoría[71] la invalidez constitucional del art. 19 de la Ley 24.463 -de "solidaridad previsional"-, que habilitaba un recurso ordinario de apelación ante aquélla respecto de las sentencias definitivas de la Cámara Federal de la Seguridad Social.

En breves palabras, el Tribunal recordó la imposibilidad de pronunciarse sobre el acierto o la conveniencia de las soluciones legislativas, dejó en claro que la experiencia recogida durante los casi diez años de vigencia de la Ley 24.463[72] la hacía susceptible de reproche con base constitucional por resultar irrazonable, en tanto el medio que arbitraba no era adecuado a los fines cuya realización procuraba o porque consagraba una manifiesta iniquidad (consid. 5° de la mayoría); recordando también que el principio de razonabilidad exige que deba cuidarse especialmente que los preceptos mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante todo el lapso que dure su vigencia, de suerte que su aplicación no resulte contradictoria con lo establecido por la C.N. (consid. 10, in fine, de la moción triunfante). Como subraya GELLI, en el decisorio se utilizaron varias pautas de control de razonabilidad, entre ellas, la de la inconstitucionalidad sobreviniente y una versión morigerada

---

69. La posición triunfante fue sustentada por los doctores Petracchi y Zaffaroni. A su turno, por su voto se pronunciaron los ministros Belluscio y Maqueda, en concurrencia conjunta, y Highton de Nolasco y Boggiano, en mociones individuales.

70. Formaron la mayoría los doctores Petracchi, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco. En disidencia conjunta votaron los ministros Belluscio y Fayt.

71. El voto que encabeza la sentencia fue suscripto por los ministros Petracchi, Fayt y Highton de Nolasco. Por su parte, y según sus votos, se expidieron los doctores Maqueda y Zaffaroni, en forma conjunta, y Lorenzetti, de manera individual (todos éstos, concurrentemente con la decisión mayoritaria). Finalmente, en sendas disidencias parciales, se pronunciaron los jueces Belluscio, Boggiano y Argibay.

72. Recuérdese que fue publicada el 30 de marzo de 1995.

de ésta, la de la adaptabilidad, llevando el control, incluso, hasta el análisis de la racionalidad de la categoría de diferenciación en materia de igualdad[73].

A ello se sumaron las apreciaciones del voto mayoritario en función de las cuales estimó que *"el procedimiento previsional se vincula con personas que, por lo general, han concluido su vida laboral y, en la mayoría de los casos, han supeditado su sustento a la efectiva percepción de los haberes que les corresponden por mandato constitucional"* (consid. 11) y que el *"fin protector de las prestaciones comprometidas justifica adoptar el criterio que más convenga a la celeridad del juicio,* siempre y cuando las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas con arreglo a las reglas del debido proceso, recaudos que se encuentran asegurados por la existencia de tribunales especializados y la doble instancia" (id. consid.) -en todos los casos las bastardillas son nuestras.

Por tal vía argumental concluyó que el art. 19 de la Ley 24.463 carecía, al momento de fallar, de *la racionalidad exigida por la Ley Fundamental y por ello debía declarar su invalidez* (consid. 13); entendiendo asimismo que dicha solución se avenía también con la necesidad de simplificar y poner límites temporales a la decisión final en las controversias de índole previsional (cfr. doctrina de *Fallos*, 298:312, 302:299, 311:1644, 319:2151), respetando así los principios que resultan de convenciones internacionales que tienen reconocimiento constitucional (art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y Corte Interamericana, "Caso Las Palmeras", sentencia del 6 de diciembre de 2001, Serie C, N° 90, párrafo 58 y posteriores) -consid. 14-.

Por último, es de hacer notar que pocos días después de fallado el caso "Itzcovich", el Congreso de la Nación sancionó la Ley 26.025[74] por medio de la cual derogó el aludido art. 19 de la Ley 24.463, es decir, el que fuera declarado inconstitucional por el pronunciamiento en cuestión. Naturalmente, éste aceleró los tiempos e indujo el nacimiento en sede parlamentaria de semejante respuesta legislativa, consistente con el temperamento premoldeado judicialmente.

F) "Sánchez"

Se pronunció -por mayoría[75]- a favor de la movilidad de los haberes previsionales (en el caso, de una pensión) de conformidad con las variaciones registradas en el índice del nivel general de remuneraciones[76].

Al respecto, y si bien no se agota la polémica ni se brinda respuesta a todos los interrogantes en torno de la problemática de la seguridad social, al menos da por tierra con el polémico

---

73. Gelli, María Angélica, "El caso 'Itzcovich'. ¿Un fallo institucional de la Corte Suprema?", *La Ley*, 11 de abril de 2005, Buenos Aires, p. 1.

74. B.O. de 22 de abril de 2005.

75. La mayoría quedó constituida con los doctores Petracchi, Belluscio, Fayt, Highton de Nolasco y Lorenzetti. A su turno, concurrentemente votaron los ministros Zaffaroni y Argibay, de modo conjunto, y Maqueda, individualmente. Por último, en disidencia se expidió el doctor Boggiano.

76. Es útil destacar que en la causa "Andino, Basilio Modesto c/ ANSeS s/ reajustes varios", de 9 de agosto de 2005 (*Fallos*, 328:3041), ante el planteo de "hecho nuevo" y la solicitud de que se aplique la solución dispuesta en "Sánchez", la Corte rechazó la pretensión sustentándose en la imposibilidad de invocar ante ella hechos nuevos (art. 280, último apartado, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) y en las propias constancias de la causa ya que, según afirmó, además de la prohibición legal expuesta, la propia parte había requerido al demandar la aplicación del precedente "Chocobar" (ver nota siguiente) para obtener el reajuste de la prestación en el lapso posterior al 31 de marzo de 1991 y consentido el fallo de primera instancia que así lo había resuelto. Debe recordarse que la mayoría estuvo integrada por los doctores Petracchi, Belluscio, Fayt, Zaffaroni y Lorenzetti; mientras que, concurrente y conjuntamente, se pronunciaron los ministros Maqueda, Highton de Nolasco y Argibay.
Tangencialmente, y para compulsar un interesante análisis en torno a la inconveniencia de efectuar una "hermenéutica mutativa o irrazonable" de la resolución de la Corte Suprema en "Andino", es recomendable leer el voto minoritario que integra la resolución de la Sala IIª de la Cámara Federal de la Seguridad Social en la causa "Ibáñez, Máximo c/ ANSeS s/ reajustes varios", de 20 de septiembre de 2005. En el caso, la moción en minoría propiciaba aplicar lo decidido por la Corte Suprema en "Sánchez" en cuanto al cálculo de la movilidad previsional, aun cuando técnicamente el actor no había articulado recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia que dispuso que dicho reajuste se fijara con arreglo al precedente "Chocobar" del Máximo Tribunal. Un comentario al pronunciamiento de la Cámara Federal de la Seguridad Social recaído en "Ibáñez", puede leerse en Bazán, Víctor, "Dos visiones del derecho ante un reclamo previsional", *La Ley*, T° 2006-B, Buenos Aires, pp. 605/614

precedente sentado en "Chocobar"[77], que en puridad "congeló" la movilidad prestacional consagrada en el art. 14 bis, párr. 3°, de la Carta Magna.

Entre otras consideraciones de interés, en el consid. 3° del voto mayoritario, se preocupó en aclarar que ratificaba "los principios básicos de interpretación sentados acerca de la naturaleza sustitutiva que tienen las prestaciones previsionales y rechaza toda inteligencia restrictiva de la obligación que impone al Estado otorgar 'jubilaciones y pensiones móviles', según el art. 14 bis de la Constitución Nacional y los fines tuitivos que persiguen las leyes reglamentarias en esta materia. Los tratados internacionales vigentes, lejos de limitar o condicionar dichos principios, obligan a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el progreso y plena efectividad de los derechos humanos, compromiso que debe ser inscripto, además, dentro de las amplias facultades legislativas otorgadas por el art. 75, inc. 23, de la Ley Fundamental, reformada en 1994, con el fin de promover mediante acciones positivas el ejercicio y goce de los derechos fundamentales reconocidos, en particular, a los ancianos".

G) "Gemelli"

El Tribunal confirmó por unanimidad[78] la sentencia de la Sala Iª de la Cámara Federal de la Seguridad Social que había reconocido el derecho de la actora a que sus haberes jubilatorios se ajustaran de acuerdo con las disposiciones de la Ley 24.016, que establece un estatuto especial y autónomo para los docentes.

Sostuvo que la Ley 24.241 (sistema integrado de jubilaciones y pensiones) no contiene cláusula alguna que modifique o extinga a la mencionada Ley 24.016, sin que resulte apropiada la invocación de los arts. 129[79] y 168[80] de aquella ley, y que tampoco podía admitirse la alegación de la apelante (Administración Nacional de Seguridad Social -ANSeS-) en punto a que se habría producido la derogación tácita de la normativa en cuestión ya que el art. 191 de la Ley 24.241 prevé que a los efectos de la interpretación de esta normativa, "debe estarse a lo siguiente: a) Las normas que no fueran expresamente derogadas mantienen su plena vigencia", además de que no basta para desvirtuar dicha conclusión la mención del Decreto 78/94, que con el pretexto de reglamentar el art. 168 de la Ley 24.241 dispuso la derogación, entre otras, de la Ley 24.016, pues fue declarado inconstitucional por el Tribunal en "Craviotto, Gerardo Adolfo y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional - Ministerio de Justicia de la Nación"[81].

En definitiva, concluyó que el régimen jubilatorio de la Ley 24.016 ha quedado sustraído de las disposiciones que integran el sistema general reglamentado por las Leyes 24.241 y 24.463, con el que coexiste, manteniéndose vigente con todas sus características, entre las que se encuentra su pauta de movilidad; por lo tanto, y en función del art. 4 de la Ley 24.016 el haber jubilatorio del personal docente sería equivalente al 82% móvil de la remuneración mensual, porcentaje que el Estado debe asegurar, con los fondos que concurran al pago, cualquiera que sea su origen, y sólo por excepción y por el lapso de cinco años -a partir de la promulgación de la ley- los montos móviles debían ser del 70%.

---

77 *Fallos*, 319:3241, de 27 de diciembre de 1996.

78 Votaron los doctores Petracchi, Belluscio, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay.

79 Norma que establece el tiempo y el modo de la entrada en vigor del sistema integrado de jubilaciones y pensiones.

80 Precepto que se refiere a la pérdida de vigencia de las Leyes 18.037 y 18.038, sus modificatorias y complementarias, entre las que no cabe incluir a la Ley 24.016 por tratarse de un estatuto especial y autónomo para los docentes, que sólo remite a las disposiciones del régimen general en las cuestiones no regladas por su texto (art. 2).

81. Fallos, 322:752, de 19 de mayo de 1999.

H) "Siri"

Tomando como antecedente lo resuelto en "Gemelli", la Corte determinó -también unánimemente[82]- la movilidad de las jubilaciones del actor, ex funcionario superior del Servicio Exterior de la Nación. Al respecto sostuvo que los beneficios establecidos para estos últimos quedaron sustraídos de las Leyes 24.241 y 24.463, conservando la movilidad propia de la Ley 22.731 (régimen previsional para funcionarios del mencionado Servicio Exterior), por constituir un estatuto específico y autónomo que sólo remite a las normas generales que rigen a los agentes de la Administración Pública en las cuestiones no modificadas por su texto (cfr. art. 2 de la Ley 22.731 y art. 1 de la Ley 24.019[83]).

I) "Zapata"

La Corte revocó -por mayoría[84]- la sentencia de la Sala IIª de la Cámara Federal de la Seguridad Social que había rechazado la solicitud de pensión formulada por la actora por la muerte de su marido, argumentando -para sustentar la denegatoria- que el matrimonio celebrado por ésta en el extranjero carecía de validez en Argentina, ya que se había vuelto a casar sin tener aptitud nupcial.

Separándose de tal fundamento, el Máximo Tribunal reconoció el derecho al beneficio de pensión solicitado por la actora, quien se había separado de su primer marido por el art. 67 bis de la Ley 2.393 y posteriormente contrajo nuevas nupcias en Uruguay en 1972.

En síntesis, reivindicó el carácter tutelar del derecho previsional y dejó en claro que, frente a la recepción por el derecho matrimonial argentino del principio de disolubilidad del matrimonio por divorcio por medio de la Ley 23.515 y atento al criterio de actualidad con que debía apreciarse el orden público internacional, el ordenamiento jurídico argentino carecía, precisamente, de interés actual en reaccionar ante un matrimonio celebrado en el extranjero mediando entonces impedimento de ligamen[85]. Asimismo, manifestó que, al haberse probado diecisiete años de la unión matrimonial, sumado a que fue el causante quien provocó la ruptura de la convivencia y tuvo que ser excluido del hogar por su comportamiento violento, además de haber sido condenado a proporcionar alimentos a sus hijos, resultaba procedente la demanda tendiente a obtener el beneficio de pensión derivado de la jubilación de aquél (cfr. art. 53 de la Ley 24.241).

J) "S., M. A."

Hizo lugar - casi por unanimidad[86] - a la queja por recurso extraordinario denegado articulada por el demandante en el marco de una acción de amparo y decidió revocar la sentencia de la Sala

---

82 Suscribieron la sentencia los ministros Petracchi, Belluscio, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay.

83 Debe destacarse que el accionante había obtenido la jubilación ordinaria según la aludida Ley 22.731, que asegura el derecho a percibir los haberes mensuales de acuerdo con una proporción del sueldo asignado al cargo de mayor jerarquía ejercido en actividad. Además, aquella normativa fue reafirmada por el art. 1 de la Ley 24.019, con la única excepción de que los montos móviles de los beneficios debían ser del 70% por el lapso de cinco años a partir de su promulgación (cfr. su art. 2).

84 Mayoría integrada por los doctores Petracchi, Belluscio, Fayt, Maqueda y Lorenzetti. Concurrentemente, se manifestaron los ministros Zaffaroni y Highton de Nolasco, de modo conjunto, y Argibay, de manera individual.

85 Asimismo consignó que, a partir de la doctrina sentada en *Fallos*, 319:2779, la autoridad administrativa no pudo negar validez al matrimonio extranjero de la peticionaria invocado para solicitar el beneficio previsional, pues la motivación principal que en un precedente anterior del Tribunal había justificado tal solución (*Fallos*, 273:363), ya no tenía razón de ser frente a la recepción en el derecho matrimonial argentino del anunciado principio de disolubilidad matrimonial por divorcio.

86 Con la solitaria disidencia de la doctora Argibay, votaron coincidentemente los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

IIIª de la Cámara Federal de la Seguridad Social que, confirmando el fallo de primera instancia, había desestimado la pretensión de aquél dirigida a que se le acordara la pensión derivada del fallecimiento de su cónyuge.

En suma, y como lo postulaba la Procuradora Fiscal subrogante, dejó sin efecto la resolución cuestionada, que se sustentaba en la convergencia de la causal contemplada en el inc. 'b' del art. 1 de la Ley 17.562[87] por haber quedado el demandante excluido del juicio sucesorio de su cónyuge extinta, de quien estaba separado de hecho.

Juzgó que el hecho de que el actor hubiera sido excluido de la herencia de su ex esposa en los términos del art. 3575 del Código Civil, por encontrarse separado de hecho sin voluntad de unirse a la fecha del deceso, no implicó ser declarado indigno para suceder ni desheredado. Ello, sumado a que los requisitos para acceder a la prestación habían sido comprobados por la autoridad administrativa, a que el accionante fue indebidamente privado del goce de sus haberes por la Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones accionada y a la gravedad del estado de salud de aquél, llevó al Tribunal a ordenar que la demandada hiciera efectivo de modo inmediato el pago de las mensualidades de la pensión reconocida por la ANSeS desde el 17 de mayo de 2000.

K) "Badaro I y II"

Aunque abandonemos por un instante la línea cronológica, por razones metodológicas corresponde examinar aquí en forma conjunta ambas sentencias pues ellas corresponden al mismo caso. Por tanto, y para distinguirlas, las identificaremos como "Badaro I" y "Badaro II".

a) "Badaro I"

Enfatizó en forma unánime[88] que la efectividad de la cláusula constitucional sobre la movilidad jubilatoria (art. 14 bis) debe resguardarse legislando sobre el punto (consid. 6°). En dirección convergente puntualizó que "el precepto constitucional de la movilidad se dirige primordialmente al legislador, que es el que tiene la facultad de establecer los criterios que estime adecuados a la realidad, mediante una reglamentación que presenta indudable limitación, ya que no puede alterarla (art. 28) sino conferirle la extensión y comprensión previstas en el texto que la enunció y que manda a asegurarla" (consid. 15). Además, puso de manifiesto que "la ausencia de aumentos en los haberes del demandante no aparece como el fruto de un sistema válido de movilidad, pues la finalidad de la garantía constitucional en juego *es acompañar a las prestaciones en el transcurso del tiempo para reforzarlas a medida que decaiga su valor con relación a los salarios de actividad", de lo que extrajo que "la falta de corrección en una medida que guarde relación con el deterioro sufrido, como acontece en autos, configura un apartamiento del mandato del art. 14 bis de la Constitución Nacional" (*sobremarcado agregado; consid. 13*).*

Precisó además que "no sólo es facultad sino también deber del legislador fijar el contenido concreto de la garantía constitucional en juego, teniendo en cuenta la protección especial que la Ley Suprema ha otorgado al conjunto de los derechos sociales, ya que en su art. 75, incs. 19 y 23, impone al Congreso proveer lo conducente al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social, para lo cual debe legislar y promover medidas de

---

87 Que excluye al causahabiente del beneficio de pensión en casos de indignidad para suceder o desheredación.

88 El fallo lleva la firma de los siete integrantes con que el Tribunal contaba al momento de emitirlo (y que aún hoy siguen integrándolo, aunque ahora bajo la presidencia del doctor Lorenzetti que sucedió en dicho cargo a su colega Petracchi), ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay.

acción positiva que garanticen el pleno goce de los derechos reconocidos, en particular, a los ancianos, norma que descalifica todo accionar que en la práctica lleve a un resultado que afecte tales derechos" (consid. 17).

Tal percepción del tema debe leerse en línea con lo que el Tribunal sostuvo en la nombrada causa "Sánchez" (consid. 3°), en punto a rechazar toda inteligencia restrictiva de la obligación que impone al Estado otorgar 'jubilaciones y pensiones móviles', según el art. 14 bis de la C.N. y a que los tratados internacionales vigentes obligan a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el progreso y la plena efectividad de los derechos humanos, compromiso que debe ser inscripto, además, dentro de las amplias facultades legislativas otorgadas por el art. 75, inc. 23, ibíd., con el fin de promover mediante acciones positivas el ejercicio y goce de los derechos fundamentales reconocidos, en particular, a los ancianos.

Retomando la referencia a "Badaro", la Corte -mostrándose consciente de sus límites- advirtió que no era apropiado fijar ella misma sin más "la movilidad que cabe reconocer en la causa, pues la trascendencia de esa resolución y las actuales condiciones económicas requieren de una evaluación cuidadosa y medidas de alcance general y armónicas, debido a la complejidad de la gestión del gasto público y las múltiples necesidades que está destinado a satisfacer" (consid. 16). Consiguientemente, dispuso "llevar a conocimiento de las autoridades que tienen asignadas las atribuciones para efectuar las correcciones necesarias que la omisión de disponer un ajuste por movilidad en el beneficio del actor ha llevado a privarlo de un derecho conferido por la Ley Fundamental", difiriendo su pronunciamiento sobre el período cuestionado por un plazo que resulte suficiente para el dictado de las disposiciones pertinentes (consid. 19).

b) "Badaro II"

Para relatar sintéticamente la cuestión, cabe recordar que en el pronunciamiento relevado en el subap. anterior la Corte comunicó a las autoridades competentes que en un plazo razonable debían garantizar el cumplimiento del art. 14 bis de la C.N., es decir, la movilidad de los haberes provisionales en el segmento correspondiente al beneficio del demandante.

Al haber transcurrido un lapso de tiempo prudencial (un poco más de quince meses) sin haber recibido una respuesta satisfactoria sobre el particular[89], y añadir que el primer fallo dictado en la causa "fue preciso al detallar la omisión legislativa que la Corte había advertido y el daño derivado de ella", en forma unánime[90] declaró la inconstitucionalidad del art. 7, inc. 2, de la Ley N° 24.463, en el caso, y determinó que la prestación del accionante (que supera los $ 1.000) se ajuste, entre el 1° de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2006, de acuerdo con las variaciones anuales del índice de salarios, nivel general, elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, ordenando además a la ANSeS que abone el nuevo haber y practique liquidación de las retroactividades pertinentes más los intereses de acuerdo con la tasa pasiva.

---

89. Luego del fallo "Badaro I" el Congreso dictó la Ley 26.198, aprobatoria del presupuesto 2007, que reconoció un aumento general del 13% con vigencia desde el 1° de enero de 2007, convalidó los aumentos de los haberes inferiores a $ 1.000 implementados por distintos decretos de necesidad y urgencia y facultó al Ejecutivo para conceder incrementos adicionales, lo cual se concretó por medio del Decreto 1.346/2007 que estableció un aumento general del 12,5% a partir del 1° de septiembre de 2007.
Del breve repaso anterior se observa claramente que, en definitiva, ninguna de las medidas descriptas previó la razonable movilidad de los beneficios jubilatorios en el período reclamado por el demandante: 1° de enero de 2002 a 31 de diciembre de 2006; con lo cual quedaba incumplido lo resuelto en "Badaro I".

90. Votaron los ministros ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

Para arribar a tal solución, y entre otras apreciaciones, argumentó que si bien eran constitucionales los cambios de los regímenes de movilidad, esto es, el reemplazo de un método de determinación de incrementos por otro a los fines de lograr una mejor administración o de dar mayor previsibilidad financiera al sistema de seguridad social, el reconocimiento de esa facultad se encontraba sujeto a una indudable limitación, *ya que tales modificaciones no pueden conducir a reducciones confiscatorias en los haberes.*

Y como el único aumento en el beneficio jubilatorio del accionante que se dispuso durante el período reclamado (enero de 2002 a diciembre de 2006) era insuficiente para reparar su deterioro, consideró procedente *declarar en el caso la inconstitucionalidad del régimen de movilidad aplicable y ordenar su sustitución y el pago de las diferencias pertinentes.*

Finalmente, y más allá de la solución puntual adoptada, el Tribunal manifestó que contribuiría a la seguridad jurídica el dictado de una ley que establezca pautas de aplicación permanentes que aseguren el objetivo constitucional relativo a la movilidad de las prestaciones provisionales, pues *una reglamentación prudente de la garantía en cuestión, además de facilitar el debate anual sobre la distribución de recursos y evitar el uso de las facultades discrecionales, permitiría reducir la litigiosidad en esta materia, que ha redundado en menoscabo de los derechos de los justiciables y del adecuado funcionamiento del Poder Judicial.* Por tal motivo, formuló una nueva exhortación a las autoridades responsables a fin de que examinen dicha problemática.

L) "Rinaldi"

Optó aquí por no declarar la inconstitucionalidad del régimen de refinanciación hipotecaria en el marco de la pesificación de la obligación en moneda extranjera en un contrato de mutuo con garantía hipotecaria de vivienda única y familiar (art. 14 bis de la Ley Fundamental), desestimando el planteo que en tal sentido se dirigía contra la Ley 26.167[91], y que fuera incoado cuando la causa ya se encontraba en poder de la Corte. Dispuso, en definitiva, que en las ejecuciones de mutuos hipotecarios celebrados entre particulares en divisa extranjera y por un monto inferior a $ 100.000, en los que el deudor tenga comprometida su vivienda única y familiar, el reajuste equitativo de las prestaciones al que se refiere el art. 11 de la Ley 25.561[92], no podrá exceder el cálculo que surge de la conversión de un dólar a un peso más el 30% de la diferencia entre dicha paridad y la cotización libre del dólar a la fecha en que se practique la liquidación, debiendo adicionarse un interés que no sea superior al 2,5% anual por todo concepto, desde la mora hasta su efectivo pago. Ello, por aplicación de lo previsto en el art. 6 de la Ley 26.167.

El voto mayoritario[93] puntualizó que ante la posibilidad de que un número muy importante de deudores hipotecarios pudieran ver en peligro la subsistencia de las garantías contempladas por el citado art. 14 bis, las medidas legislativas tendientes al afianzamiento de la vivienda familiar -entre las que debía incluirse a las Leyes 25.798[94] y 25.908[95], que habían quedado subsumidas en la Ley 26.167 - obedecían a un propósito de justicia (cfr. Fallos, 249:183), y la razonabilidad de las mayores restricciones que aquéllas imponían al derecho de propiedad del acreedor, debían valorarse en función de la entidad de la crisis que buscaba superarse (consid. 47).

---

91 B.O. de 29 de noviembre de 2006.

92 B.O. de 7 de enero de 2002.

93 El voto que encabeza la sentencia correspondió a los ministros Highton de Nolasco y Maqueda; concurrentemente, en forma conjunta y coincidiendo con éstos en sus primeros once considerandos, se expidieron los doctores Lorenzetti y Zaffaroni; y, finalmente, la doctora Argibay se expidió por su voto.

94. B.O. de 7 de noviembre de 2003.

95. B.O. de 13 de julio de 2004.

5. El enfoque del problema a través de ciertas importantes acordadas del Tribunal

Abandonando el plano contencioso y para graficar lo expresado en torno de las acordadas de la Corte Suprema, basta pasar revista a las siguientes:

A) N° 28/04

En esta acordada[96], de 14 de julio de 2004, reglamentó -por mayoría[97]- la intervención de "amigos del Tribunal"[98] (*amicus curiae*) en procesos judiciales correspondientes a su competencia originaria o apelada en los que se debatan asuntos de trascendencia colectiva o interés general.

Entre otros fundamentos para avalar la instauración de la figura del amicus curiae, la posición mayoritaria precisó que la actuación de éstos encuentra sustento en el sistema interamericano al cual se ha asignado jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la C.N.), pues ha sido objeto de regulación en el Reglamento de la Corte Interamericana (art. 62.3) y ha sido expresamente autorizada por la Comisión Interamericana con sustento en los arts. 44 y 48 de la CADH (ver, el consid. 2°, parte in fine, del Acuerdo).

Es de destacar que si la mayoría de los Estados latinoamericanos ha aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si además ante ésta existe la posibilidad de comparecer en calidad de amicus curiae y si llegar con un caso ante la misma supone el agotamiento previo de los recursos internos del Estado demandado, requisito éste concedido en interés del propio Estado, resulta entonces absurdo -como enfatizan ABREGÚ y COURTIS[99]- prohibir a instituciones o grupos interesados presentarse en carácter de *amicus* ante los tribunales locales (oportunidad frente a la que el Estado tiene posibilidades de remediar la alegada violación) y conceder esa posibilidad después, cuando el Estado ya ha sido demandado ante la Corte por la imputación de los mismos hechos. Por lo demás, siendo la instancia interamericana coadyuvante o complementaria de la que exhibe el derecho interno, es razonable ofrecer a los grupos o instituciones interesados en articular opiniones fundadas sobre el tema en cuestión la misma posibilidad de participación procesal en sede interna que la que tienen en el ámbito internacional, adelantando ante los tribunales locales los argumentos que eventualmente serán considerados por el Tribunal con sede en Costa Rica.

B) N° 17/05

Por medio de esta acordada[100], de 2 de agosto de 2005, dispuso asignar a su Secretaría Judicial N° 6 el trámite de las causas concernientes a su competencia apelada, en las cuales sea puesta en

---

96 Para un análisis de la aludida acordada, ver Bazán, Víctor, "El amicus curiae en el derecho comparado y su instrumentación reglamentaria por la Corte Suprema de Justicia argentina", Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, N° 10, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 15/50, en esp., pp. 29/44.

97 La acordada en cuestión contó con la rúbrica aprobatoria de los ministros Petracchi, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco, y las disidencias de los doctores Belluscio, Fayt y Vázquez.

98 Venimos bregando desde hace tiempo por la instauración de la figura, razón por la que en su momento nos expedimos laudatoriamente cuando la Corte Suprema se animó a adoptarla aun sin ley genérica en la materia.
También saludamos con beneplácito que se hayan plegado a tal temperamento otros importantes tribunales de los ámbitos *provincial*, por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, cuya Sala Primera admitió la figura por vez primera en la causa N° 83.665: "Curel, Gastón Oscar y ots. en J° 30.554/114.678, Mancilla Cuello, Enrique Ariel y ots. c/ Municipalidad de la Ciudad de Mendoza p/ Ac. de Amp. s/ Inc.", resuelta el 3 de febrero de 2006; y *nacional*, refiriéndonos en este caso a la Cámara Nacional Electoral -autoridad superior en materia electoral de acuerdo con el art. 5 de la Ley 19.108, modificada por Ley 19.277-, que ha reglamentado recientemente el instituto por medio de la Acordada Extraordinaria N° 85, de 19 de julio de 2007.

99. Abregú, Martín y Courtis, Christian, "Perspectivas y posibilidades del *amicus curiae* en el derecho argentino", *op. cit.* en nota 10, pp. 392/393.

100 Suscripta por los doctores Petracchi, Belluscio, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay.

juego, de manera directa, inmediata y trascendente, la interpretación y aplicación del derecho de los derechos humanos.

Más allá de la parte dispositiva, resultan remarcables algunos segmentos de su fundamentación, por ejemplo, aquellos en los que -entre otras apreciaciones- califica de "hito mayúsculo" al reconocimiento de jerarquía constitucional de los mayores instrumentos internacionales de derechos humanos (párr. 3° de los considerandos), lo que -sigue exponiendo el Tribunal- dio lugar a una singular recepción en la cumbre del ordenamiento jurídico argentino al derecho internacional de los derechos humanos, produciendo tres importantes consecuencias, al menos: "[e]n primer lugar, introdujo nuevos derechos o imprimió nuevos contenidos a los ya existentes. En segundo término, puso en cabeza del Estado obligaciones relativas al respeto, protección y realización de los derechos humanos de toda persona sometida a su jurisdicción. Finalmente, emplazó a nuestro país en sistemas internacionales de control del cumplimiento de los aludidos compromisos" (párr. 4° de los considerandos).

En ese sentido, manifestó que la prescindencia de las normas internacionales por los órganos estatales -incluidos los de carácter jurisdiccional- puede originar responsabilidad internacional del Estado argentino, por lo que juzgó aconsejable que en los casos de competencia apelada en los cuales se ponga en juego, de la manera indicada precedentemente, la interpretación y la aplicación del derecho de los derechos humanos, tramiten por una secretaría judicial especializada en la materia (párr. 6° de los considerandos).

Entendemos que el sustento argumental que da base a la acordada es elocuente y la finalidad de ésta desborda con amplitud el mero cumplimiento de una función instrumental o de ordenamiento administrativo. Por el contrario, se presenta como una muestra evidente más de la firme posición institucional que adopta la Corte al reforzar axiológica y jurídicamente su compromiso, como Poder del Estado, frente al derecho de los derechos humanos en las causas que arriben a sus estrados.

C) N° 12/07

Es un secreto a voces que la Corte Suprema está dispuesta, fundamentalmente a partir de su nueva composición, a reconfigurar su perfil institucional, fortalecer su rol de *cabeza de uno de los Poderes del Estado* y centrar sus mayores esfuerzos en *cuestiones relevantes desde el plano constitucional*, con lo cual camina hacia la figura de un tribunal constitucional al menos desde la dimensión material[101].

Con ese telón de fondo, dictó en fecha 3 de julio de 2007 la acordada en cuestión[102], creando en el ámbito de la Corte, y con dependencia directa de su Presidente, la *Oficina de Fortalecimiento Institucional*, con el objeto de contribuir a profundizar la transparencia de los trámites judiciales y permitir un adecuado control por parte de todos a quienes concierne e interesa el mejor funcionamiento del Poder Judicial; de facilitar el acceso eficiente a la información jurídica procurando una activa participación de aquellos sectores que, por su rol institucional, tienen mayor responsabilidad en la administración de justicia; y, entre otras cosas y en suma, de garantizar a toda la población, en condiciones de igualdad, el efectivo acceso a la jurisdicción y a un pronunciamiento oportuno y eficaz sobre las cuestiones que se traen a conocimiento de los jueces.

---

[101] Entre otros trabajos de Bazán, Víctor, al respecto, ver "La reconfiguración del rol institucional de la Corte Suprema de Justicia argentina y el camino hacia su consolidación como un tribunal constitucional", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, en prensa.

[102] Firmada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Argibay.

En definitiva, el propósito primordial que persigue el acuerdo aquí colacionado, consiste en la indispensabilidad de adoptar nuevas medidas que permitan profundizar el proceso de fortalecimiento del Poder Judicial como condición esencial para garantizar el imperio del Estado de Derecho y el funcionamiento armónico de las instituciones de la República.

D) N° 14/07

Sustentándose en que venía tomando conocimiento de diversas circunstancias de naturaleza administrativa y funcional, que obstaculizan o dificultan la adecuada tramitación de gran cantidad de causas penales concernientes a la presunta violación de derechos humanos en hechos ocurridos antes del 10 de diciembre de 1983[103], radicadas ante tribunales federales de distinta instancia en todo el territorio de la República Argentina; el 11 de julio de 2007[104] emitió tal acordada por cuya virtud crea en el ámbito de la Corte Suprema una *Unidad de Asistencia y Seguimiento de las Causas Penales en las que se investiga la desaparición forzada de personas*, acaecidas antes del 10 de diciembre de 1983, unidad que operará transitoriamente hasta concluir con la misión encomendada.

E) N° 30/07

Dictada el 5 de noviembre de 2007, y firmada por todos sus integrantes[105], la Corte dio un importante paso institucional al implementar el régimen de *audiencias públicas*.

Desde nuestro punto de vista, y como hemos sostenido en reiteradas ocasiones, tanto ese tipo de audiencias de carácter público en la Corte Suprema como la intervención ante ésta de *amici curiae*, constituyen herramientas de utilidad para fortalecer la cotización cualitativa del debate judicial y aportar ingredientes para su democratización, al ampliarse los criterios de participación en los procesos en que se ventilen asuntos de trascendencia institucional, interés público y/o que contengan cuestiones jurídica y/o axiológicamente controvertidas o dilemáticas.

Entre otros fundamentos, la Corte manifestó que la participación ciudadana en dichas audiencias y la difusión pública del modo en que conoce de los asuntos en que, con carácter primordial, ha de ejercer la jurisdicción más eminente que le confiere la Constitución Nacional, permitirá poner a prueba directamente ante los ojos del país la eficacia y objetividad de la administración de justicia que el Tribunal realiza[106].

Por último, puede acotarse que el acuerdo en cuestión prefigura tres clases de audiencias públicas: a) informativa, para escuchar e interrogar a las partes sobre aspectos del caso por decidir; b) conciliatoria, que tendrá por objeto instar a las partes en la búsqueda de soluciones no adversariales; y c) ordenatoria, en orden a tomar las medidas que permitan encauzar el procedimiento a fin de mejorar la tramitación de la causa.

---

[103] Fecha histórica en Argentina por el renacimiento democrático luego del último gobierno de *facto* comenzado en marzo de 1976.

[104] Firmada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Argibay.

[105] O sea, rubricada por los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y rgibay.

[106] El párrafo transcripto correspone al dictamen del Procurador General de la Nación en la causa "Penjerek", al que remite la sentencia de la Corte de 14 de noviembre de 1963 (*Fallos*, 257:134).

VI. Los criterios exhibidos por la Corte Suprema frente a los pronunciamientos de la Corte y la Comisión Interamericanas de derechos humanos y otros órganos internacionales competentes en la materia

1. Aclaración previa

Si bien aquí centraremos principalmente nuestra atención en los pronunciamientos de la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos, no puede omitirse indicar siquiera tangencialmente que en algunos fallos de la Corte Suprema argentina se citan y tienen en cuenta las recomendaciones y observaciones de otros órganos de supervisión en materia de derechos humanos ya en el plano universal, por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de los Derechos del Niño y el Comité de Derechos Humanos, tópico respecto del cual intercalaremos una breve referencia.

2. Sobre los pronunciamientos de la Corte Interamericana

Comenzando entonces a desandar el itinerario anunciado, vemos que ya antes de la innovación constitucional de 1994, concretamente en "Ekmekdjian c/ Sofovich" (de 7 de julio de 1992), y dando un giro copernicano en su percepción jurisprudencial, la Corte Suprema transfundió en su fallo la hermenéutica que la Corte Interamericana realizara respecto de la CADH, sosteniendo precisamente que la interpretación de ésta debe guiarse por la jurisprudencia del Tribunal interamericano[107], para pasar a citar aprobatoriamente la Opinión Consultiva (OC) 7/86[108] (ver consid. 21 y ss. de la mayoría), en la que - entre otros aspectos - la Corte Interamericana interpretó el art. 14.1 del Pacto[109].

Sin perjuicio de ello, aquel temperamento quedó nítidamente configurado en "Giroldi", en el que la Corte Suprema sostuvo que la expresión "en las condiciones de su vigencia", bajo la que

---

[107] "Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros", *Fallos*, 315:1492. El criterio trasuntado en tal resolutorio aparece también de algún modo esbozado en "Servini de Cubría, María R. s/ amparo", de 8 de setiembre de 1992 (*Fallos*, 315:1943).
Es importante recordar, ya respecto de la valencia prioritaria del derecho internacional convencional sobre el derecho interno y la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que en "Ekmekdjian c/ Sofovich" la Corte Suprema estableció (ver consids. 18 a 20 del voto mayoritario) que, en orden a evitar confusiones interpretativas que lesionaran la supremacía de la Constitución (y su art. 27), se veía precisada a estrechar la primigenia laxitud de aquella afirmación, al declarar en fallos posteriores que "el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados impone a los órganos del Estado argentino - *una vez resguardados los principios de derecho público constitucionales- asegurar la primacía a los tratados ante un conflicto con una norma interna contraria pues esa prioridad de rango integra el orden jurídico argentino* y es invocable con sustento en el art. 31 de la Carta Magna" -bastardilla nuestra- ("Cafés La Virginia S.A.", de 13 de octubre de 1994, Fallos, 317:1282, consid. 9° de la mayoría, y su remisión a "Fibraca Constructora SCA c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande", de 7 de julio de 1993, Fallos, 316:1669, consid. 3°).
Algún pronunciamiento anterior a "Ekmekdjian c/ Sofovich" sobre la interpretación de la normativa de un instrumento internacional se patentiza embrionariamente en el caso "Firmenich, Mario E.", de 28 de julio de 1987 (*Fallos*, 310:1476), acerca de la hermenéutica "razonable" del art. 7.5 de la CADH (ver consids. 4°, 6° y 7° de la mayoría).

[108] Corte IDH, OC-7/86, de 29 de agosto de 1986, "Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos)", Serie A, Fallos y Opiniones, N° 7, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1986.

[109] La jurisprudencia de la Corte Interamericana nutre, asimismo, a los votos individuales y/o disidentes de algunos de los ministros de la Corte Suprema. Por caso, y sin intenciones de taxatividad, en "Ekmekdjian c/ Sofovich" así puede ser constatado de la lectura del voto disidente de los doctores Petracchi y Moliné O'Connor, cuyo consid. 14 refleja la cita de la OC-2/82 (de 24 de septiembre de 1982, "El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [arts. 74 y 75]", Serie A: Fallos y Opiniones, N° 2, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1982) y de la OC-1/82 (de 24 de septiembre de 1982, "'Otros tratados' objeto de la función consultiva de la Corte [art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos]", Serie A: Fallos y Opiniones, N° 1, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1982), el consid. 16 de la OC-7/86 y de la OC-2/82 y el consid. 17, nuevamente de la OC-7/86 -específicamente, la opinión separada del juez Gros Espiell-; ya en el voto, también disidente, del doctor Levene (h.), en el consid. 9° - bien que implícitamente- se alude a la OC-2/82 y a la OC-3/83 (de 8 de septiembre de 1983, "Restricciones a la pena de muerte [arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos]", Serie A: Fallos y Opiniones, N° 3, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1983) y en el consid. 10, a la OC-7/86.
Por su parte, en "Servini de Cubría", en el consid. 25 del voto del doctor Fayt se alude a la citada OC-5/85; referencia reiterada en el voto del doctor Boggiano -consids. 15 a 17, donde también se alude a la opinión separada del juez Gros Espiell-, en la disidencia parcial del doctor Barra -consids. 12 a 14, tramos donde figuran asimismo referencias a las opiniones separadas de los jueces Piza Escalante y Gros Espiell- y en la disidencia parcial del doctor Petracchi -consids. 25 y 26-.
Ya en el pronunciamiento vertido en "Artigue, Sergio P.", de 25 de marzo de 1994 (*Fallos*, 317:247), en el consid. 14 del voto del doctor Petracchi se cita la mencionada OC-7/86 -opinión separada del juez Piza Escalante-.

adquiere jerarquía constitucional la CADH (art. 75, inc. 22, párr. 2°), significa el modo como ella rige en el ámbito internacional y "considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación, de ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana"[110] (arts. 75, de la C.N., 62[111] y 64[112] de la CADH, y 2 de la Ley 23.054[113]).

No puede ocultarse, sin embargo, que si bien aquella posición jurisprudencial ha sido mantenida en líneas generales por la Corte Suprema, no ha dejado de sufrir algunos avatares, por ejemplo, en el caso "Cantos", en el cual desestimó por mayoría[114] una presentación del Procurador General del Tesoro que pretendía que el Tribunal diera cumplimiento a una sentencia de la Corte Interamericana que había declarado que el Estado argentino violó normas de la CADH y que debía abstenerse de perseguir el cobro de la tasa de justicia y de una multa impuesta, reducir razonablemente los honorarios regulados y asumir el pago de costas en una causa donde fue parte. El Tribunal declinó la intervención requerida, aduciendo que un temperamento contrario importaría infringir cláusulas de raigambre constitucional cuya titularidad corresponde a diversos profesionales que actuaron en la causa "C.1099.XX, 'Cantos, José María c/ Santiago del Estero, Provincia de y/o Estado Nacional s/ cobro de pesos'", con patente y deliberada renuncia de su más alta y trascendente atribución, para cuyo ejercicio ha sido instituida como titular del Poder Judicial de la Nación, que es ser el custodio e intérprete final de la C.N. (consid. 3° de la mayoría). Además, y entre otros argumentos, sostuvo que, "bajo el ropaje de dar cumplimiento con una obligación emanada de un tratado con jerarquía constitucional (art. 63.1, de la Convención), llevaría a la inicua -cuanto paradójica- situación, de hacer incurrir al Estado argentino en responsabilidad internacional por afectar garantías y derechos reconocidos a los profesionales, precisamente, en el instrumento cuyo acatamiento se invoca" (consid. 4° del voto mayoritario).

Ya en un caso más reciente, "Espósito", la Corte Suprema retomó - al menos por parte de varios de sus componentes- un discurso demostrativo de su permeabilidad a acatar los pronunciamientos del Tribunal con sede en Costa Rica, al admitir mayoritariamente[115] el recurso extraordinario deducido contra una sentencia que había declarado extinta la acción penal por prescripción en una causa abierta por hechos que luego fueron juzgados por dicha Corte Interamericana, cuyas decisiones - sostuvo la Corte Suprema- resultan de "cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.1, CADH)", por lo cual también ella, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional (consid. 6° de

---

110 "Giroldi, Horacio D. y otro s/ recurso de casación", de 7 de abril de 1995 (*Fallos,* 318:514 -consids. 11 y 5°-). Ver, en sentido coincidente, Moncayo, Guillermo R., "Criterios para la aplicación de las normas internacionales que resguardan los derechos humanos en el derecho argentino", *op. cit.* en nota 10, p. 92.
Que determina la oportunidad en que los Estados Partes de la CADH pueden declarar el reconocimiento de la competencia de la Corte Interamericana, y fija los alcances, modalidades y efectos de esa declaración.

111 Referido a la competencia consultiva del Corte Interamericana.

112 Mediante la Ley 23.054, la República Argentina aprobó la CADH. Específicamente el art. 2 de dicha ley plasma el reconocimiento argentino de la competencia de la Comisión y la Corte Interamericanas.

113 "Procurador del Tesoro de la Nación (en Autos 'Cantos, José M., expediente 1.307/2003')", de 21 de agosto de 2003 (Fallos, 326:2968). La mayoría estuvo compuesta por los doctores Fayt y Moliné O'Connor; por su voto, lo hicieron los ministros Petracchi y López (de modo conjunto) y Vázquez (individualmente); por último, los jueces Boggiano y Maqueda plantearon sendas disidencias, siendo relevante remarcar que este último mocionó el cumplimiento directo del pronunciamiento de la Corte Interamericana.

114 "Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa", de 23 de diciembre de 2004 (Fallos, 327:5668). Formaron la mayoría los doctores Petracchi y Zaffaroni; por su voto, lo hicieron los doctores Belluscio y Maqueda (conjuntamente), y Fayt, Boggiano y Highton de Nolasco, de modo individual.

115 Corte IDH, "Caso Barrios Altos", cit., sentencia de fondo de 14 de marzo de 2001, e interpretación de la sentencia de fondo, art. 67 de la CADH, de 3 de setiembre de 2001, Serie C, N° 83, San José de Costa Rica.

la mayoría). Previo a ello, puntualizó que el rechazo de la apelación tendría como efecto inmediato la confirmación de la declaración de prescripción de la acción penal, en contravención a lo decidido por la Corte Interamericana en su sentencia de 18 de setiembre de 2003 en el caso "Bulacio c/ Argentina", en el que se declarara la responsabilidad internacional del país -entre otros puntos- por la deficiente tramitación del expediente en cuestión (consid. 5° del voto triunfante).

Buena muestra del nivel de acatamiento que a los fallos de la Corte Interamericana pregona el Máximo Tribunal argentino, proporcionan - v.gr. - las nombradas sentencias recaídas en "Arancibia Clavel" y "Simón", donde las respectivas mociones mayoritarias siguieron muy de cerca a un pronunciamiento fundamental de la jurisprudencia interamericana: el nombrado "Caso Barrios Altos"[116]. Fundamentalmente, le proporcionaron útiles aportes de hermenéutica y aplicación jurídicas[117] las consideraciones sobre la inadmisibilidad de las disposiciones de amnistía, de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad "que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos"[118].

3. En torno a los informes de la Comisión Interamericana

Desde otro perfil, no es aconsejable que la Corte Suprema se desentienda de la relevancia de los informes y recomendaciones de la Comisión Interamericana, respecto de cuya cotización jurídica aquel Tribunal ha descripto una trayectoria jurisprudencial ondulante.

En efecto, siguiendo los lineamientos sentados en la aludida causa "Giroldi", en "Bramajo" le adjudicó la calidad de "guía para la interpretación de los preceptos convencionales a la opinión de la Comisión Interamericana", en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de ésta para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y la aplicación de la CADH (consid. 8° del voto de la mayoría)[119], aunque luego plasmó un repliegue de la amplia posición primigenia, cuando en la causa "Acosta", aclaró que, si bien por el principio de buena fe que rige la actuación del Estado argentino en el cumplimiento de sus compromisos internacionales, éste "debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la Comisión, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse aquéllas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial" (consid. 13 de la mayoría)[120].

La mutación de la percepción que al respecto exhibe la Corte Suprema puede fácilmente comprobarse a poco de visualizar que, en la misma fecha en que resolvió el caso "Acosta", es decir, el 22 de diciembre de 1998, emitió sentencia en la causa "Nápoli"[121], en cuyo consid. 18 de la mayoría[122] reiteró lo manifestado en "Giroldi" -incluso reenvió a dicha resolución

116 Consultar en los respectivos votos dominantes, por ejemplo, los considerandos 35 y 36 en "Arancibia Clavel" y 23 y 24 de "Simón".

117 Corte IDH, "Caso Barrios Altos", cit., párr. 41 de la sentencia de fondo.

118 "Bramajo, Hernán, J.", de 12 de setiembre de 1996 (*Fallos*, 319:1840). La mayoría quedó integrada con los doctores Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano, López y Vázquez. En disidencia conjunta votaron los ministros Fayt, Belluscio y Bossert.

119 "Acosta, Claudia B.", de 22 de diciembre de 1998 (*Fallos*, 321:3555). La mayoría estuvo compuesta por los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, López y Vázquez. Por su voto se expidieron, conjunta y concurrentemente, los doctores Bossert y Boggiano. Por su parte, el ministro Petracchi lo hizo en disidencia.

120 "Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/ infracción art. 139 bis del Código Penal" (*Fallos*, 321:3630).

121 El voto mayoritario fue rubricado por los jueces Belluscio, Boggiano, López y Vázquez. Por su voto, lo hizo el ministro Fayt. Finalmente, los doctores Petracchi y Bossert se expidieron en sendas disidencias.

122. "Felicetti, Roberto y otros", de 21 de diciembre de 2000 (*Fallos*, 323:4130). El sentido de los votos emitidos fue el siguiente: por la mayoría, se expidieron los doctores Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, López y Vázquez; además, hubo sendas disidencias de parte de los ministros Fayt, Petracchi, Boggiano y Bossert.

(concretamente al 2° párr. del consid. 11) - en punto a que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica.

Con ello se acredita que el Tribunal quiso dejar en claro la bifurcación de criterios a la que a partir de entonces adscribía, manteniendo su posición en torno a la imperatividad de los decisorios de la Corte Interamericana, refrendada en "Nápoli", y paralelamente decantándose por la no vinculatoriedad de los pronunciamientos de la Comisión Interamericana, que el mismo día comenzó a moldear en "Acosta".

La visión jurídica inoculada a "Acosta" fue confirmada en "Felicetti", causa vinculada con el públicamente conocido copamiento de La Tablada (ver consid. 6° de la mayoría)[123], y -ya tangencialmente- en "Alonso" (consid. 5° del voto mayoritario)[124].

Sin embargo, en el citado caso "Simón", el Tribunal (consid. 17 de la mayoría) ha catalogado a la jurisprudencia de la Corte Interamericana y a las directivas de la Comisión Interamericana como "una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (énfasis añadido), lo que -a salvo cuanto diremos más abajo-, refleja una revalorización de los pronunciamientos de la Comisión.

Y pese a que "Simón" puede leerse como el comienzo del fin de tal dualidad en tanto ha importado un salto cualitativo en la conformación del umbral de lo aceptable, creemos que no se ha llegado aún al ideal que cabe aguardar, es decir, que se aprehenda y consagre la obligatoriedad de los pronunciamientos de la Comisión y no sólo que se vea en ellos su magnitud como parámetros hermenéuticos.

Sólo resta esperar que se consolide, y luego evolucione, la tendencia que el Tribunal cupular nacional recomenzara a escribir en "Simón", retomando - aunque con mayores precisión terminológica y densidad jurídica- la huella dejada en "Bramajo".

4. Rápida alusión a otras instancias internacionales de supervisión en materia de derechos humanos

En relación con el tema anunciado, en varios decisorios la Corte sigue y emplea como pauta hermenéutica el criterio de otros organismos de supervisión ya el contexto universal.

Inter alia, ello se hizo perceptible respecto del *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, en la citada causa "Aquino", donde se encargó de poner de relieve la actividad de éste en tanto *intérprete autorizado del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en el plano internacional*, actuando en las condiciones de vigencia de éste (consid. 8° del voto mayoritario).

Añadió en id. consid. que la actividad de aquél es demostrativa de la gran importancia que dicho Pacto reconoce a la protección del trabajador víctima de un accidente laboral, para lo cual enumera ejemplificativamente la censura del Comité a la "New Zealand Accident Rehabilitation and Compensation Insurance Act", de 1992, en cuanto ponía en cabeza del trabajador víctima de un accidente una parte del costo del tratamiento médico; las "Directrices relativas a la Forma y el Contenido de los Informes que deben presentar los Estados Partes" - elaboradas por el Comité-, y que requieren que éstos den cuenta de las disposiciones legales, administrativas y de otro tipo que prescriban condiciones mínimas de seguridad e higiene laborales y proporcionen los datos sobre el número, la frecuencia y la naturaleza de accidentes o enfermedades -especialmente fatales- o

123. "Alonso, Jorge F. s/ recurso de casación", de 19 de setiembre de 2002 (*Fallos*, 325:2322). La mayoría estuvo compuesta por los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, López y Vázquez; en disidencia lo hicieron los doctores Petracchi y Bossert (conjuntamente) y Boggiano (de manera individual).

124. *Fallos*, 328:4343, de 7 de diciembre de 2005.

enfermedades en los últimos 10 y 5 años, comparándolos con los actuales; a todo lo que se agregan las advertencias y recomendaciones dirigidas por el Comité a los países en que las leyes de seguridad en el trabajo no se cumplen adecuadamente, como el caso de Argentina, respecto del cual el mencionado órgano de supervisión del Pacto mostró su inquietud con motivo de la "privatización de las inspecciones laborales", y por el hecho de que "a menudo las condiciones de trabajo [...] no reúnan las normas establecidas", por lo que lo instó "a mejorar la eficacia de las medidas que ha tomado en la esfera de la seguridad y la higiene en el trabajo [...], a hacer más para mejorar todos los aspectos de la higiene y la seguridad ambientales e industriales, y a asegurar que la autoridad pública vigile e inspeccione las condiciones de higiene y seguridad industriales" ("Observaciones finales al segundo informe periódico de la República Argentina", 1 de diciembre de 1999, E/C.12/1/Add. 38, párrs. 22 y 37).

No menos importante es, por caso, el razonamiento de la mayoría en "M., D. E. y otro"[125], en relación con el *Comité de los Derechos del Niño y el Comité de Derechos Humanos*. En dicha sentencia dejó sin efecto el fallo por el cual se había condenado a un menor a la pena de prisión perpetua por considerarlo autor del delito de robo con armas en concurso real con el de homicidio *criminis causae*, en tanto la imposición de dicha pena se fundó en el fracaso del tratamiento tutelar evidenciado a través de la comisión de un nuevo delito, ya que la valoración de un procedimiento en trámite como un factor determinante para elevar el monto de la pena resulta violatoria del principio de inocencia.

En el consid. 30 de tal voto mayoritario rememoró que el Comité de los Derechos del Niño, al analizar el sistema juvenil argentino, expresó su profunda preocupación por el hecho de que las Leyes 10.903[126] y 22.278[127], que se basan en la doctrina de la "situación irregular"[128], no distingan, en lo que se refiere a los procedimientos judiciales y el trato, entre los niños que necesitan atención y protección y los niños que tienen conflictos con la justicia ("Observaciones Finales: Argentina", CRC.C.15.Add.187, de 9 de octubre del 2002).

A su tiempo, destacó que al derogar la mencionada Ley 10.903 y reemplazarla por la Ley 26.061[129], de "Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes", el ordenamiento nacional se pone en línea con las recomendaciones de las Naciones Unidas (haciendo alusión a la Observación General N° 13 del Comité de Derechos Humanos) que señalan que los menores deben disfrutar por lo menos de las mismas garantías y protección que se conceden a los adultos en el art. 14 del PIDCP (consid. 31).

Por su parte, citando la OC-17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, referida a la "Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños" (párr. 54), el Máximo Tribunal argentino puntualizó que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado (consid. 32). Añadió en el consid. siguiente que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño establece los principios fundamentales para el sistema penal de menores en sus arts. 37

---

125 Votaron los doctores Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; por su parte, en sendos votos individuales concurrentes se expidieron los ministros Fayt y Argibay.

126 Publicada el 27 de octubre de 1919.

127 B.O. de 28 de agosto de 1980.

128 Paradigma que en dicha causa la Corte tipificó sintéticamente diciendo que "la justicia de menores históricamente se ha caracterizado por un retaceo de principios básicos y elementales que se erige en todo debido proceso, tales como el de legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, proporcionalidad y defensa en juicio" (consid. 27).

129 B.O. de 26 de octubre de 2005

y 40, para acotar luego que el Comité de los Derechos del Niño, intérprete de dicha Convención, ha recomendado a los Estados Parte asegurar la total implementación en la justicia penal juvenil a los estándares de ella, en particular a sus arts. 37, 39 y 40, así como a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing) y a la Guía de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil -Reglas de RIAD- (Dominica CRC/C/15/Add.238. 2004).

Para finalizar esta reseña, no es ocioso recordar que en el consid. 34, el voto colacionado asegura que, en la actualidad, el sistema jurídico de la justicia penal juvenil se encuentra configurado por la Constitución Nacional, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la CADH, el PIDCP y el PIDESC, normas que resultan de ineludible consideración al momento de la imposición de penas por hechos cometidos por menores (consid. 34).

VII. LA CONFLICTIVA CUESTIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA Y LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA

1. El problema

En estrecha conexión con el tópico abordado en el apartado anterior, se aprecia que un área neurálgica de todo sistema internacional protectorio de derechos humanos finca en el cabal cumplimiento de las decisiones y sentencias de sus órganos cuasijurisdiccional (en caso de que éste exista130) y jurisdiccional.

Por razones de brevedad, ceñiremos nuestro señalamiento a ambos órganos de supervisión del esquema tuitivo interamericano.

2. Recomendaciones de la Comisión Interamericana

En el particular caso del sistema interamericano, los pronunciamientos de la Comisión no pueden ser ignorados alegremente. Sobre el valor obligatorio de los informes de la Comisión, se ha señalado que la "recomendación" no obligatoria (en los términos de la interpretación que la Corte Interamericana proporcionara al respecto en "Caballero Delgado y Santana", sentencia de 8 de diciembre de 1995) es aquella emitida por la Comisión en función del art. 51.2 de la CADH, con posterioridad a la presentación del caso ante la Corte; al tiempo que las restantes recomendaciones son obligatorias, concluyendo que una interpretación de buena fe, de acuerdo con el objeto y el fin de la Convención debe afirmar tal obligatoriedad y la percepción acerca de que su incumplimiento genera responsabilidad internacional, puesto que si se desjerarquizase el valor de aquéllas no se estaría coadyuvando a la búsqueda de la perfección del sistema de protección internacional[131].

Tampoco es una cuestión menor el modo como el art. 33 de la CADH ha sido redactado. En efecto, identifica a la Comisión y a la Corte Interamericanas como "competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes" en la Convención. Entendemos que se trata de un elemento no exento de relevancia y que lleva también a adjudicar una dosis de imperatividad a los pronunciamientos de uno de los

[130] Como sucede en el ámbito interamericano y primigeniamente también acaecía en el marco europeo con la hoy extinta Comisión Europea de Derechos Humanos.

[131] Cfr. Albanese, Susana y Bidart Campos, Germán J., *Derecho internacional, derechos humanos y derecho comunitario*, Ediar, Buenos Aires, 1998, pp. 148 y 154.

dos órganos que tienen a su cargo la trascendente misión de verificar el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados en el marco de dicho instrumento internacional.

En torno a ello la Corte Interamericana ha puntualizado que, en función del nombrado art. 33 de la Convención, al ratificar ésta, "los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes"[132] -destacado nuestro-.

Es por último indiscutible que de modo correlativo a la obligación individual que adoptan los Estados Partes de la CADH en el sentido apuntado, afrontan una garantía de carácter colectivo consistente en velar por la preservación de dicho instrumento internacional, uno de cuyos reflejos radica precisamente en procurar que la obligatoriedad de la observancia de las recomendaciones de la Comisión Interamericana sea respetada.

3. La "voluntad política" estatal para cumplir los pronunciamientos de la Comisión y la Corte Interamericanas

Ligado a lo que mencionábamos en el párrafo que cierra el subapartado inmediatamente anterior, Cançado Trindade subraya que el ejercicio de la nombrada garantía colectiva por los Estados Partes en la Convención no debería ser sólo reactivo, es decir, cuando se produzca el incumplimiento de una sentencia de la Corte, sino también proactivo, en el sentido de que todos aquéllos deben previamente adoptar medidas positivas de protección de acuerdo con dicho instrumento internacional133. Cataloga de "indudable" que una sentencia de la Corte es "cosa juzgada", obligatoria para el Estado demandado en cuestión; pero también es "cosa interpretada", válida erga omnes partes, ya que tiene implicaciones para todos los Estados de la CADH en su deber de prevención134.

Desde la acertada óptica que propone Ayala Corao, las sentencias de la Corte Interamericana son definitivas e inapelables, por lo que, una vez dictadas, devienen firmes y por tanto adquieren cosa juzgada material y formal, lo que a su turno les confiere carácter de sentencias ejecutorias a los fines de su obligatorio cumplimiento y ejecución por el Estado condenado (arts. 67 y 68.1 de la CADH)135.

De su lado, es obvio que, más allá de cualquier declaración normativa en el instrumento convencional particularmente acerca de la obligatoriedad de las sentencias para los Estados (v.gr. el art. 68 de la CADH), es imprescindible la convergencia de verdadera voluntad política por parte de éstos en aras de no tornar ilusorios los pronunciamientos, ya que ello no haría más que erosionar los cimientos del edificio protectorio internacional y denotar una actitud censurable en un ámbito de alta sensibilidad como el de la tutela de derechos humanos fundamentales.

Punto trascendente por tener en cuenta es que, entre las pautas a las que los Estados parte de la CADH se comprometen en materia de protección judicial, figura la de "garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso" (art. 25, 2, 'c').

---

132. Vid. Corte IDH, "Caso Loayza Tamayo", sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C, N° 33, San José de Costa Rica, párr. 81.

133 Cfr. Cançado Trindade, Antônio A., "Anexo 21: Presentación del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA)", de 16 de octubre de 2002, en el mismo autor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, Memoria del Seminario realizado los días 23 y 24 de noviembre de 1999, T° II, 2ª ed., Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, mayo de 2003, p. 920.

134 Ídem.

135 Ayala Corao, Carlos M., "La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Estudios Constitucionales, Año 5, N° 1, Centro de *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2007, p. 134.

García Ramírez ha puntualizado acertadamente que la Corte Interamericana ha manifestado ostentar la potestad de ejercer la supervisión del cumplimiento de sus resoluciones, lo que se enmarca en el plexo de facultades inherentes a sus atribuciones jurisdiccionales, no pudiendo entonces desentenderse de la suerte que aquéllas corran136. Por su parte, y como añade el citado autor, el carácter imperativo de dichas resoluciones y la sujeción del cumplimiento a la supervisión del Tribunal constituyen efectos del principio pacta sunt servanda137.

DICHAS FACULTADES SUPERVISORAS DE LA CORTE SE EJERCEN SOBRE SENTENCIAS QUE SERÁN EJECUTADAS EN EL ESTADO CONDENADO, POR LO QUE LO IDEAL SERÍA QUE EN ÉSTOS EXISTIERAN DISPOSITIVOS LEGALES QUE PERMITAN AGILIZAR DICHA PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO COMPULSIVO DE LAS MISMAS EN ORDEN A LOGRAR SU VERDADERA Y COMPLETA EFECTIVIDAD.

En el caso argentino correspondería que la Corte Suprema mantenga la impronta que -en general - ha inoculado a sus sentencias frente a las decisiones de la Corte Interamericana y unifique discursivamente su posición jurisdiccional ante los pronunciamientos de la Comisión Interamericana, marco este último en el que si bien ha dado un paso adelante, lo ideal sería avanzar hacia la adjudicación de una mayor dosis de vinculatoriedad que exceda el mero peso interpretativo.

Es que, en definitiva, no cabe soslayar que tales directivas emanan de un órgano principal de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuya función consiste en promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en el hemisferio[138] (vid. art. 106 de la Carta de dicha Organización), sin olvidar, ya desde otra vertiente argumental, que no es sencillo predicar la sustentabilidad jurídica del razonamiento estatal por medio del cual asegura no tener el deber de cumplir las recomendaciones de la Comisión, pues en tal caso, los efectos, el alcance y la suerte final de ellas quedarían totalmente a merced y criterio de la propia parte remisa.

4. Corolario

Como lógica consecuencia de lo afirmado precedentemente, y antes de dar paso a las observaciones de cierre de este trabajo, no puede dejar de resaltarse que una cuestión vital para la efectividad de la protección internacional de los derechos humanos estriba en la necesidad de que los países comprometidos conciban normativamente y articulen en la práctica mecanismos idóneos (asegurando su cabal operatividad) para acatar y cumplir las sentencias dictadas por los tribunales internacionales de derechos humanos, asignando a dichas resoluciones fuerza ejecutiva y ejecutoria.

Es decir que, voluntad política mediante, sería útil que existiera una normativa que de modo claro paute el procedimiento para cumplir las recomendaciones de la Comisión Interamericana y los pronunciamientos de la Corte Interamericana, al modo como existe mutatis mutandi en Costa Rica, en el "Convenio de sede entre el Gobierno de la República de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", de 10 de septiembre de 1981, ratificado por Ley 6.889; Colombia, por medio de la Ley 288, de 5 de julio de 1996, y el Decreto 321, de 25 de febrero de 2000; y Perú, art. 115 del Código Procesal Constitucional - aprobado por Ley 28.237, publicada el 31 de mayo de 2004- y Ley 27.775, publicada el 7 de julio de 2002.

---

136 García Ramírez, Sergio, en la Presentación del libro de Rey Cantor, Ernesto y Rey Anaya, Ángela Margarita, *Medidas provisionales y medidas cautelares en el sistema interamericano de derechos humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México (Instituto de Investigaciones Jurídicas) e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Temis, Bogotá, 2005, p. XLIV.

137 *Ibíd*., p. XLV.

138 Cfr. el relato de Cançado Trindade, Antônio A., del "Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para fortalecer su mecanismo de protección", op. cit. en nota 133 (*El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el* …), p. 12.

En sentido convergente, aunque todavía en trance de aprobación, resulta altamente positivo que en el proyecto chileno de "Acciones protectoras de derechos fundamentales" -en debate en la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados de la Nación[139], se contemple específicamente en su art. 128, párrafo 1°, que las "sentencias de la Corte internacional o supranacional en materia de derechos humanos a la que el Estado de Chile le haya reconocido jurisdicción contenciosa vinculante son de obligatorio cumplimiento por los órganos del Estado de Chile" (destacado añadido), además de pautar en los párrafos 2° y 3° de aquella cláusula las líneas básicas del procedimiento que debe cumplir la Corte Suprema de Justicia para la ejecución de semejantes resoluciones y de las sentencias de término de cualquier otro Tribunal o Corte internacional o supranacional en materia de derechos humanos a los que Chile les hubiera reconocido jurisdicción vinculante.

VIII. EPÍLOGO

No cabe duda que las conexiones e interferencias del derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos son diversas y complejas, algunas de las cuales, y en función de lo examinado en esta contribución, nos provocan las siguientes apreciaciones de cierre:

1. Una de las facetas sustanciales de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno se traduce en que la eficacia real del primero depende en buena medida de la fidelidad con que los derechos nacionales se conformen a las normas internacionales y les den efecto[140].

En particular respecto del derecho internacional de los derechos humanos, la creciente trascendencia que recepta su convergencia con el derecho vernáculo requiere una articulación que retroalimente a ambos y los complemente para coadyuvar a una vigorización real del modelo tuitivo de derechos fundamentales.

Tales premisas confirman que la medular problemática de los derechos humanos es una incumbencia - y debe ser una preocupación - concurrente o compartida entre las jurisdicciones estatales y la transnacional.

2. Sin embargo, nada se descubre al recordar que la interacción de los tribunales nacionales y los internacionales en materia de derechos humanos se mueve al compás de una lógica compleja y genera una trama de relaciones en ocasiones conflictiva.

Como afirma SAGÜÉS, ello obecede a "factores sociológicos y gnoseológicos de desinformación, rechazo, inadaptación, desnaturalización, hedonismo y narcisismo, a más de los ideológico-políticos, que obstaculizan a menudo el acatamiento de la justicia doméstica a la internacional. A su turno, ésta puede padecer de potenciales defectos de comprensión de las realidades locales, cuando no de intereses también ideológicos o de complejos de superioridad. No hay que descartar en ella, paralelamente, fallos altruistas -pero imprevisores- que no midan con cuidado los efectos expansivos que puedan tener en el mundo jurídico"[141].

Éstos y otros condimentos de una cuestión de actualidad permanente llevan a reiterar que la consolidación de una convergencia sustentable de ambas instancias jurisdiccionales se presenta como una necesidad inaplazable, que pasa a simbolizar uno de los retos cruciales a los que se enfrenta la cabal protección del ser humano en los ámbitos interno e internacional.

---

139 Según información recabada en octubre de 2007.

140 Cfr. Pastor Ridruejo, José A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales,* 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, p. 165.

141 Sagüés, Néstor P., "Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica", *Ius et Praxis - Derecho en la Región*, Año 9, N° 1, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Talca, 2003, p. 220.

3. En Argentina es indisimulable el gravitante impacto que la reforma constitucional de 1994 ha provocado en el campo de los derechos humanos. Así, la dotación de jerarquía constitucional a un nutrido plexo de instrumentos internacionales sobre derechos humanos y los recipiendarios *ex post* de tal valía; la instauración de los principios pro *homine o favor libertatis y pro actione*; el añadido de una dimensión material, complementaria de la formal, al principio de igualdad; la necesidad de su aseguramiento a través de acciones positivas; y la inexcusable implicación de todas las autoridades públicas en tales menesteres, incluidos obviamente los magistrados judiciales, forman un compacto de factores envueltos y recorridos por el caudal axiológico que les suministra el imperativo preambular de "afianzar la justicia", que compromete al Estado argentino más allá de las palabras y lo impele a volcar todos los esfuerzos y recursos posibles en el cabal cumplimiento de las obligaciones internacionalmente asumidas.

4. Un escenario de tales características supone, entre otras consecuencias y por imperio de la modificación del sistema de fuentes que en el ordenamiento jurídico ha generado la última innovación constitucional, la *extensión formal y material del parámetro de control de constitucionalidad*, en virtud de lo cual y para verificar si supera satisfactoriamente el examen de constitucionalidad, la normativa subconstitucional debe ser analizada a la luz de la Ley Fundamental, de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con valencia homóloga a ésta y de la interpretación autorizada que de ellos hagan los órganos internacionales competentes.

5. No puede perderse de vista que, entre otros puntos de interés, el neoconstitucionalismo ha modificado el marco teórico del derecho constitucional, surgiendo una nueva dogmática constitucional caracterizada por la *complejización del Derecho*, el que se tornó menos previsible, con la convergencia de valores, principios y conceptos jurídicos indeterminados que interactúan con reglas, principios y valores surgentes del derecho internacional de los derechos humanos.

Tal cuadro de situación también ha llevado a que la tarea judicial se torne más compleja, entre otras cosas, por la multiplicidad de fuentes jurídicas que el juez debe conocer y manejar, lo que impone un replanteo del rol jurisdiccional, exigiendo un aggiornamento de la estructura de pensamiento del magistrado y de su posicionamiento frente a ciertas causas dilemáticas, colocándolo ante la necesidad de una relectura de diversas cuestiones jurídicas no ya a la luz de rígidos parámetros del proceso civil, sino de los postulados del derecho constitucional, el procesal constitucional y el internacional de los derechos humanos.

6. En el marco recientemente descripto se impone que la tarea interpretativa que desenvuelve la judicatura se *conforme no sólo a la Constitución sino también al derecho internacional de los derechos humanos*, labor que exige conocer y aplicar los estándares emergentes de, *inter alia*, los repertorios de pronunciamientos de la Comisión Interamericana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en sus precedentes jurisdiccionales y sus opiniones consultivas.

Como si se tratara de la misma escena de idéntica película, aunque filmada desde otro ángulo, aquella premisa de interpretación conforme al derecho internacional de los derechos humanos a la que referíamos ha sido reivindicada también por la propia Corte Interamericana, al poner en cabeza de los poderes judiciales de los Estados la obligación de llevar adelante el '*control de convencionalidad*' (caso "Almonacid Arellano") entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH, debiendo tenerse en cuenta en tal faena no solamente la literalidad de dicho instrumento internacional sino la interpretación que del mismo ha llevado adelante el citado tribunal interamericano en su papel de intérprete último y final.

La delicada misión que la magistratura judicial ostenta como último reducto para la defensa y efectivización de los derechos fundamentales en el ámbito vernáculo deberá ser afrontada y desplegada conociendo y asumiendo *la importancia axiológica de las fuentes jurídicas internacionales*

(instrumentos internacionales sobre derechos humanos, costumbres internacionales consolidadas y principios generales del derecho de las naciones civilizadas), las que habrán de emplearse como guía en la trascendente tarea de interpretación y aplicación de los preceptos de la Ley Fundamental.

No hacerlo así podría suponer, más allá de una grave despreocupación por el resguardo de la dignidad humana, que el Estado incurra en responsabilidad internacional, pues por ejemplo respecto del orden jurídico interamericano, ser parte de la CADH genera tanto un deber de *respeto* a los derechos humanos como un deber de *garantía* de éstos.

7. La Corte Suprema de Justicia de la Nación exhibe, sobre todo (aunque no exclusivamente) a partir de su actual conformación, una propensión a receptar en sus pronunciamientos los dictados del derecho internacional de los derechos humanos, tanto en lo que hace al respeto por las cláusulas de los instrumentos internacionales como a la interpretación de los órganos de supervisión de los distintos sistemas protectorios en la materia, interamericanos (Corte Interamericana) y universales (Comité de los Derechos del Niño, Comité de Derechos Humanos, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

No sólo lo ha concretado en materia primordialmente vinculada a los derechos civiles y políticos, sino también en torno a los derechos económicos, sociales y culturales, generando un aporte para eliminar los obstáculos que suelen impedir el goce real de éstos últimos, que no tienen menor entidad que los civiles y políticos y que, por tanto, no pueden continuar mediatizados al influjo de un malentendido concepto de *progresividad*, ya que ésta no significa letargo o pasividad estatales *sine die*. Punto de interés por resolver al respecto es el límite del activismo judicial en la materia, sobre el que si bien no podemos abundar aquí, al menos sí creemos oportuno afirmar que la Corte está suficientemente habilitada, como hipótesis de mínima, a garantizar el contenido esencial del derecho en cuestión, sin invadir irrazonablemente esferas propias de otros poderes del Estado pero tampoco abdicar de su eminente misión protectoria de los derechos fundamentales.

Además de la línea de doctrina judicial del Alto Tribunal Nacional, la citada tendencia se hace igualmente perceptible en ciertas acordadas en las que subyace una clara impronta que muestra el sitio preferente que la problemática de los derechos humanos ocupa en su agenda de preocupaciones temáticas.

8. La plausibilidad del esquema de pensamiento y acción que en el espectro de los derechos humanos ha venido exhibiendo la Corte Suprema, no ha impedido que el temperamento asumido en ciertos fallos genere algunas dudas y posiciones críticas en determinados sectores de la doctrina.

Por ejemplo, se le ha cuestionado la suerte de estándar dual que viene modelando al mostrarse permeable a reabrir procesos en contra del denominado "terrorismo de Estado" y refractaria a hacerlo en causas contra lo que se ha dado en llamar el "terrorismo subversivo" (v.gr., lo resuelto, respectivamente, en "Arancibia Clavel" o "Simón" y "Lariz Iriondo"); o se ha advertido sobre la controversia dialéctica que entre los propios miembros del Tribunal (y en el ámbito doctrinario) ha originado la declaración de inconstitucionalidad de los decretos de indulto en crímenes de lesa humanidad *vis-à-vis* las garantías constitucionales de la cosa juzgada y de *ne bis in idem* ("Mazzeo"), que seguramente seguirá causando lecturas dispares en el plano autoral en tanto la cuestión es controversial.

9. En punto a la cotización jurídica que la Corte Suprema adjudica a las sentencias de la Corte Interamericana (también a las opiniones consultivas) y a las directivas de la Comisión Interamericana, es necesario que mantenga la impronta que -en general- ha inoculado a sus fallos frente a las decisiones del tribunal interamericano y que unifique discursivamente su posición jurisdiccional ante los pronunciamientos de la Comisión, adjudicándoles un mayor grado de

obligatoriedad y no sólo valencia interpretativa, aunque debe rescatarse como un avance la posición que en "Simón" ha trasuntado sobre el particular, retomando - aunque con mayores precisión terminológica y densidad jurídica - la línea diseñada en "Bramajo".

10. Una cuestión central para lograr la efectividad de la protección internacional de los derechos humanos, más allá de pugnar por supuesto por evitar infracciones que puedan entrañar responsabilidad internacional y en su caso cumplir voluntariamente las sentencias internacionales de condena, radica en que el Estado argentino diseñe normativamente mecanismos idóneos para ejecutar los fallos de la Corte Interamericana (recordar lo sucedido en "Cantos"[142]) y dar cumplimiento a los informes de la Comisión Interamericana.

Naturalmente, una genuina voluntad política deberá ser el combustible que dé origen y mantenga en movimiento a semejante plexo normativo que potencialmente se dicte, para evitar que el dispositivo legal creado sea sólo una muestra gatopardista que cambie todo para que todo continúe igual. Aunque parezca obvio, nunca está de más recordar que las leyes, por sí mismas, no solucionan nada.

El acatamiento de aquellos pronunciamientos, como pone de manifiesto AYALA CORAO aunque refiriéndose específicamente a las sentencias de la Corte Interamericana, forma parte de las reglas básicas del derecho internacional en todo Estado de Derecho y es requisito esencial para la garantía efectiva de la protección de la persona humana[143].

11. Como la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado, los tratados modernos sobre derechos humanos tienen un carácter especial, cuyos objeto y fin confluyen en un punto común: la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, con independencia de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado cuanto a los restantes Estados contratantes. Es decir, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes; por el contrario, cuando los Estados aprueban un tratado sobre derechos humanos quedan sometidos a un ordenamiento legal dentro del cual asumen diversas obligaciones en relación con los individuos bajo su jurisdicción y no frente a otros Estados[144].

Siendo así, el no pocas veces contingente voluntarismo político de los Estados para graduar según sus conveniencias y avatares del momento el nivel de permeabilidad hacia las decisiones de los órganos protectorios internacionales de derechos humanos, no es precisamente la solución ideal que exigen el necesario respeto por la dignidad de la persona humana, valor básico que los fundamenta, y la obligatoriedad de honrar los compromisos asumidos internacionalmente en tan sensible terreno, que están recorridos transversalmente por el principio fundamental de la buena fe.

142. Ver *supra*, nota 113.

143. Ayala Corao, Carlos M., *op. cit.*, p. 133.

144. Cfr. , Corte IDH, OC-2/82, cit., párr. 29, p. 44. Un análisis de tal opinión consultiva puede verse en Bazán, Víctor, "La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el efecto de las reservas respecto de su entrada en vigencia: a propósito de la OC-2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Bidart Campos, Germán *et al., Derechos humanos. Corte Interamericana,* Ediciones Jurídicas Cuyo, T° I, Mendoza, 2000, pp. 91/165.