XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

DIRAJAIA ESSE PRUNER

DIOGO DE ALMEIDA VIANA DOS SANTOS

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Diogo De Almeida Viana Dos Santos; Dirajaia Esse Pruner; Rogerio Luiz Nery Da Silva. – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-662-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional e democracia. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

Apresentação

Com muita satisfação, apresentamos à comunidade acadêmica os resultados de estudos e discussões aprovados para o XXIX Congresso Nacional do Conpedi, Balneário Camboriú - SC, realizado entre os dias 07, 08 e 09 de dezembro de 2022, nas instalações da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Esta obra científica é destinada à difusão de temas contemporâneos, sob a linha estruturante "Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities".

Os frutíferos debates do Grupo de Trabalho "Constituição, teoria constitucional e democracia II" se deram em subgrupos temáticos, com interações voltadas à disseminação e aperfeiçoamento do conhecimento produzido por pesquisadores das mais diversas regiões do Brasil, no âmbito de Programas de Mestrado e Doutorado em Direito e áreas afins.

Os trabalhos apresentados, que ora compõem este registro, testemunham a utilidade do compartilhamento e disseminação do conhecimento e ideias inovadoras que contribuem para o desenvolvimento da ciência jurídica e afirmação da justiça no Brasil, Américas e mundo.

Congratulamos a grande comunidade que compõe o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito por seu contínuo esforço de prover um ambiente e oportunidades de aprimoramento da academia jurídica nacional.

Rogerio Luiz Nery da Silva - Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC) e Universidade de Rio Verde (UniRV)

Dirajaia Esse Pruner - Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI)

Diogo de Almeida Viana dos Santos

Universidade Estadual do Maranhão - UFMA, e Universidade UNICEUMA

Grupo temático 1

LEGALIDADE AUTORITÁRIA E A SUPREMA CORTE DE JUSTIÇA DA NAÇÃO ARGENTINA: CONTINUIDADES E RUPTURAS NA FORMAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO A PARTIR DA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XX.

LEGALIDADE AUTORITÁRIA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO CHILE: CONTINUIDADES E RUPTURAS NA FORMAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO A PARTIR DOS ANOS 1990

JUDICIALIZAÇÃO DOS PODERES: A INTERFERÊNCIA NA HARMONIA E POSSÍVEIS ELEMENTOS CASUÍSTICOS.

JUNHO E A REPRESENTATIVIDADE DEMOCRÁTICA BRASILEIRA

ARTIGO 142 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UMA PERMISSÃO PARA INTERVENÇÃO MILITAR?

DEMOCRACIA E CIDADANIA SÃO CONCEITOS CONTRADITÓRIOS? UMA ANÁLISE DECOLONIAL DA PARTICIPAÇÃO POLÍTICA INDÍGENA DESDE A CONSTITUINTE

Grupo temático 2

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA INSTITUIÇÃO A SERVIÇO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A CONSTITUIÇÃO COMO CULTURA NA VISÃO DE PETER HÄBERLE: PLURALISMO E DIVERSIDADE CULTURAL NA MODERNIDADE FRAGMENTADA

A RESPONDABILIDADE DO ESTADO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

O PAPEL DAS INSTITUIÇÕES E DA DOUTRINA JURÍDICA NA RESISTÊNCIA À CONSTITUIÇÃO: O CASO DA TAXA DE JUROS DE 12%

Grupo temático 3

NEOCONSTITUCIONALISMO E NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: SISTEMAS COMUNICACIONAIS PLURINACIONAL DA AMÉRICA LATINA

O DECISIONISMO DEMOCRÁTICO COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMIDADE DOS DIREITOS DAS MINORIAS NO BRASIL

MECANISMOS DE COMPREENSÃO CONSTITUCIONAL ENTRE O ORIGINALISMO E O CONSTITUCIONALISMO VIVO

A CONSTITUCIONALIDADE DOS PROTOCOLOS AUTÔNOMOS E OS DILEMAS DO DIREITO À CONSULTA PRÉVIA NO BRASIL

Grupo temático 4

A REFORMA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E AS RELAÇÕES ENTRE OS PODERES DA REPÚBLICA: UMA ANÁLISE DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS APROVADAS DE 2019 A 2022

VETO NA CONSTITUINTE DE 1987-1988: UMA HISTÓRIA SOBRE RELAÇÃO ENTRE OS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO

O MODO DE NOMEAÇÃO DOS MEMBROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS RISCOS À IMPARCIALIDADE

A AUSÊNCIA DE PRAZO PARA O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE INICIAL DOS PEDIDOS DE IMPEACHMENT DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA COMO ENTRAVE À CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL

O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E O ELO ENTRE DIREITO E POLÍTICA EM PAÍSES DE MODERNIDADE TARDIA

CONTORNOS TEÓRICOS DA REGRA DA PONDERAÇÃO COMO PARTE DA TEORIA DA PROPORCIONALIDADE, NUMA PROPOSTA DE RESOLUÇÃO DA COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS INCIDENTES SOBRE O MESMO CASO CONCRETO

LEGALIDADE AUTORITÁRIA E A SUPREMA CORTE DE JUSTIÇA DA NAÇÃO ARGENTINA: CONTINUIDADES E RUPTURAS NA FORMAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO A PARTIR DA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XX.

AUTHORITARIAN LEGALITY AND THE ARGENTINIAN SUPREME COURT OF JUSTICE OF THE NATION: CONTINUITIES AND FRACTURES IN THE SHAPING OF CONSTITUTIONALISM FROM LATE 20TH CENTURY CONSTITUTIONALISM

Rodrigo Luz Peixoto [1]
Roberta Camineiro Baggio [2]

Resumo

Muitas constituições latino-americanas atuais são resultado de processos de redemocratização nos quais a nova ordem constitucional é confrontada com inúmeras legislações pré-constitucionais produzidas em períodos autoritários. Porém, nem todos os países da região enfrentam o tema da permanência da legalidade autoritária adotando novo paradigma constitucional. No caso da Argentina, por exemplo, onde a transição política levou à decisão de reestabelecer a Constituição de 1935, a tensão quanto a essas normas chamadas "leyes de facto" colocou a Suprema Corte argentina como protagonista do enfrentamento contra o legado autoritário. A maneira com que a Corte argentina enfrentou o tema da validade das leyes de facto é a pergunta de pesquisa aqui investigada, visando (1) entender o papel que tiveram os magistrados da Corte contribuindo para superar padrões normativos então prevalecentes, assim como (2) sua disposição para manejar o texto constitucional com vistas a consolidar a ordem democrática formalmente instituída. Essa reflexão abrange uma análise das decisões da corte em matéria de recepção de normas e seu desenho institucional cunhado no processo de transição política. A hipótese era que, reestabelecendo a Constituição anterior ao autoritarismo, junto com uma jurisprudência mais desenvolvida do tribunal sobre o problema do governo de facto, possibilitaria à Corte argentina se desvencilhar mais facilmente do entulho autoritário, comparativamente. No entanto, resultados preliminares apenas sugerem confirmação parcial, já que a doutrina da inconstitucionalidade das leis de facto é mitigada por outros fatores, principalmente a inacessibilidade da Corte Suprema de Justicia argentina às demandas, considerando suas peculiaridades formais e processuais.

Palavras-chave: Legalidade autoritária, Recepção de normas, Cortes superiores, Argentina, Sociologia histórico-constitucional

---

[1] Colaborador de Pós-Doutorado junto à Faculdade de Direito da UFRGS. Doutor em Direito (UFRGS). E-mail: rodrigo.luz.peixoto@gmail.com.

[2] Professora Associada de Graduação e do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFRGS. Doutora em Direito (UFSC).

Abstract/Resumen/Résumé

Many current Latin American constitutions are the result of re-democratization processes in which the new constitutional order is faced with countless pre-constitutional legislations produced in authoritarian periods. However, not all the region's countries face the authoritarian legality permanence theme adopting a new constitutional paradigm. In the case of Argentina, for example, in which the political transition led to the decision of reinstating the 1853 Constitution, the tension regarding these norms called "leyes de facto" held the Argentinian Supreme Court as protagonist of the confrontation against this authoritarian legacy. The way in which the Argentinian Court has faced the theme of leyes de facto validity is the research question hereby inquired, aiming to (1) understanding the role Court Justices had contributing to overcoming the then prevailing normative production standards, as well as (2) their disposition to handle the constitutional text looking forward to consolidating the established formal democracy polity. This reflection encompasses an analysis of the Court rulings in norm reception matters and its institutional design minted in the political transition process. The hypothesis was that reinstating the Constitution prior to the authoritarianism, along with a further developed court jurisprudence on the de facto rule problem, would enable the Argentinian Court to disentangle itself more easily from authoritarian "rubble", in comparison. Nevertheless, preliminary results only suggest partial confirmation, since the doctrine of unconstitutionality of de facto law is mitigated by other factors, mainly the Argentinian Corte Suprema de Justicia inaccessibility for the claims, considering its formal and procedural peculiarities.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Authoritarian legality, Legal continuity, Highest courts, Argentina, Constitutional-historic sociology

1. Introdução

O ponto de partida que deu origem à problematização suscitada na pesquisa[1] é a percepção da permanência do autoritarismo como um elemento que caracteriza e atravessa a estrutura institucional e social dos países latino-americanos. O autoritarismo das sociedades latino-americanas é entendido aqui como um fenômeno de dominação sócio-política decorrente de estruturas sociais hierarquizadas que historicamente se mantiveram estáveis por meio do uso da força ou do poder político-econômico, mesmo depois dos processos fundacionais pós-colonizatórios, que adotaram mecanismos constitucionais de reconhecimento da igualdade formal. Essa dominação consiste na permeabilidade social e institucional, que esses grupos estruturados no poder encontram, para impor seus interesses apesar da existência formal de Estados de Direito. Uma boa síntese dessa percepção pode ser encontrada numa frase da introdução de um livro de Cláudio Véliz, escrito na década de 1980, "A tradição centralista na América Latina", em que o autor afirma que os regimes autoritários vividos na região, na segunda metade do século XX, não se configuraram como aberrações morais, mas como expressões de um comportamento político próprio de sociedades com disposição secular para tanto (VÉLIZ, 1984, p.15).[2]

Ainda que haja uma farta bibliografia histórica com fortes indícios sobre a nossa propensão originária para o estabelecimento e manutenção de relações autoritárias, dissecar os mecanismos sociais e institucionais que favorecem esses processos é um desafio, sobretudo, no campo do direito em que grande parte dos pontos de partida teóricos não se relaciona com as causas sociais e históricas. A pesquisa apresentada neste trabalho tenta enfrentar uma parte ínfima dessa problemática no momento do estabelecimento das dinâmicas de transição política da segunda metade do século XX em alguns países da América Latina – em especial, Brasil, Argentina, Chile e Colômbia – quando do retorno a seus ordenamentos constitucionais pela adoção de novas Constituições, como nos casos de Brasil, Chile e Colômbia ou pela retomada da Constituição fundacional, como no caso da Argentina.

Se o autoritarismo é um elemento indicativo do modo como nos relacionamos politicamente, é importante perscrutar se houve espaços de enfrentamento de legados autoritários nos momentos transicionais dedicados à repactuação política e refundação das condições de exercício da democracia, ao menos sob um ponto de vista formal. É importante perguntar, por exemplo, se as matrizes

[1] O conteúdo que será apresentado neste trabalho refere-se a uma pesquisa coletiva desenvolvida no âmbito do Grupo de Pesquisa "Constitucionalismo na América Latina", da Faculdade de Direito da UFRGS, que pretende ter como resultado final a comparação do modo como quatro Cortes (Brasil, Chile, Colômbia e Argentina) trataram a legalidade produzida nos períodos ditatoriais em seus processos transicionais e no devir de suas democracias formais. O trabalho final de comparação ainda está em andamento e, por isso, os resultados apresentados na segunda parte deste artigo são parciais e dizem respeito, especificamente, ao caso argentino. A parte introdutória e as explicações metodológicas são, por conseguinte, comuns a todos esses casos.

[2] "*También estoy convencido de que la proliferación de regímenes autoritarios de unos años para acá no es una aberración moral o política sino una manifestación de un estilo de comportamiento político, una disposición secular de la sociedad latinoamericana que, bajo diferentes formas – de las que la militar puede muy bien resultar la más transitoria -, perdurará en nuestra zona durante cierto tiempo*".

institucionais, mantidas e constituídas antes das transições, foram submetidas a mecanismos de ruptura ou transformação de suas estruturas com o objetivo de fomentar condições mais favoráveis ao desenvolvimento de processos sociais e institucionais democráticos.

Inserida nessas reflexões mais amplas sobre como as transições enfrentaram ou não seus legados autoritários, encontra-se a problemática específica formulada nesta pesquisa: Quais são as soluções jurídicas utilizadas pela Corte argentina para o enfrentamento da recepção ou não da legalidade autoritária produzida antes das transições políticas do final do século XX? Essas soluções contribuem ou não para melhorar as condições de exercício da força normativa das ordens constitucionais pós-transicionais, considerando esta uma condição essencial para o exercício da democracia?

O que se pretende com essa problematização é analisar o papel das Cortes, como espaços estruturais dos Estados, no processo de enfrentamento ou não da recepção das normas produzidas durante os regimes não democráticos. Esse conjunto normativo representa e materializa decisões políticas sobre diversos temas que atravessam desde os arranjos organizacionais do Estado até o modo como estarão estabelecidas as garantias ou restrições a direitos fundamentais. A produção normativa de um regime ditatorial não determina integralmente o seu legado autoritário, mas é parte importante deste, na medida em que sua capilaridade alcança todos os poderes do Estado repercutindo socialmente com consequências práticas que tendem a se prolongar no tempo e que possuem níveis diferentes de compreensão pública sobre os seus efeitos.

As conhecidas leis de autoanistia, adotadas como solução de impunidade em diversas dessas experiências ditatoriais, por exemplo, ganharam notoriedade e espaço considerável dentro dos debates públicos estabelecidos em alguns desses processos transicionais, sobretudo, pela natureza de suas repercussões e pela obviedade do que representam em termos de legado autoritário. Contudo, outros tipos de leis, tão significativas quanto estas em termos de permanências autoritárias, acabaram não sendo tão centrais nos debates transicionais e seguiram produzindo efeitos no tempo e reforçando simbolicamente e em termos práticos, no cotidiano dessas sociedades, o legado autoritário dos regimes ditatoriais. Basta pensarmos na Lei de investimentos estrangeiros da Argentina (*Ley* 21.382) que equiparou empresas com capital de fora do país às nacionais para que pudessem usufruir dos créditos internos sem qualquer exigência ou obrigação de investimento no país, já que também permitiu o envio dos lucros ao exterior sem maiores exigências internas.[3] Esta Lei aliada à Lei de entidades financeiras (*Ley* 21.526), também produzida na ditadura, teve o efeito de estancar o

[3] Ver em especial os artigos 5 e 7 da referida Lei:" ARTICULO 5 - Los inversores extranjeros podrán transferir al exterior las utilidades líquidas y realizadas provenientes de sus inversiones, así como repatriar su inversión". "ARTICULO 7 - Las empresas locales de capital extranjero podrán hacer uso del crédito interno con los mismos derechos y en las mismas condiciones que las empresas locales de capital nacional".

desenvolvimento de processos produtivos internamente, incentivando uma economia bancária baseada em movimentos de especulação financeira.

A percepção da importância estratégica desse conjunto de produção normativa chamou a atenção do brasilianista Anthony Pereira, que usou a expressão "legalidade autoritária" para refletir sobre os motivos que levaram os regimes ditatoriais da Argentina, Chile e Brasil a produzir normas ao invés de simplesmente tomar decisões e executá-las como governos de fato. Sua principal conclusão é de que "[...] é muito comum que os regimes autoritários usem a lei e os tribunais para reforçar seu poder, de modo a tornar obscura uma distinção simplista entre regimes de *facto* e regimes constitucionais (ou *de jure*)" (PEREIRA, 2010, p. 36).

Mesmo no caso da Argentina, em que as ditaduras historicamente utilizaram os expedientes das "*leyes de facto*" nunca houve uma preocupação tão grande com o tema da produção normativa como no golpe de 1976, que instaurou logo no início do processo de usurpação do poder, uma Comissão de Assessoramento Legislativo (CAL), com o objetivo de substituir o papel do Congresso e garantir um processo mais profundo e permanente de modificação e refundação das relações sociais (CANELO, 2016).

A legalidade autoritária trataria, nesse sentido, não apenas do conjunto de normas produzidas pelo regime, mas do envolvimento dos poderes judiciários no processo de "normalização" e rotinização da utilização e aplicação dessas normas com vistas ao seu enraizamento social. Como esse comprometimento variou de acordo com cada experiência autoritária (PEREIRA, 2010), a análise do alcance da transição política em relação a cada poder judicial e o modo como passaram a tratar a legalidade autoritária na redemocratização, pode indicar uma série de elementos decisivos para o maior ou menor sucesso dos processos de submissão dos poderes às regras constitucionais.

A análise sobre a possibilidade de continuidade ou não de normas produzidas nos regimes autoritários se dá nos marcos da chamada teoria da recepção das normas, que apresenta estratégias jurídicas vinculadas aos planos da existência, vigência e validade das normas. Cada uma delas com consequências jurídicas e políticas distintas, ainda que as consequências políticas não costumem figurar abertamente em seu léxico teórico.

Mesmo no caso de países como a Argentina, onde não houve o advento de uma nova Constituição, a análise sobre a possibilidade de as leis de fato seguirem produzindo efeitos guia-se pela mesma lógica da recepção das normas, uma vez que foram produzidas antes da decisão política de retomada de um determinado texto constitucional que, apesar de já existente, tinha sua vigência impedida ao tempo do regime ditatorial.

O debate que se estabelece juridicamente na teoria da recepção das normas trata da impossibilidade e, até mesmo, da ausência de necessidade de começar a construção das normas infraconstitucionais *ab initio* quando da chegada de um novo texto constitucional. Diante desse

quadro, abre-se a possibilidade de que as normas precedentes compatíveis com o ordenamento jurídico e constitucional possam seguir produzindo seus efeitos. Ocorre que muito pouco se discute sobre as consequências dessas incorporações normativas em conjunturas de transições políticas de regimes ditatoriais para democracias. De um modo geral, se ignora o fato de que o modo como os poderes judiciais decidem tratar as normas anteriores à chegada de uma nova Constituição é, sobretudo uma questão política (VARELA; STRATUSTEGUI, 1979, p. 72). E, mesmo quando as novas cartas constitucionais contemplam em seus textos soluções para a questão das normas anteriores, é de se pensar que há uma decisão política que sustenta a dinâmica que se está estabelecendo para o tratamento das normas pré-constitucionais.

Nos países europeus, diversas foram as respostas dadas pelas experiências de reconstrução constitucional dos países ocidentais dentro da tradição da teoria da constituição, principalmente, no pós-II Guerra Mundial. A Alemanha, por exemplo, colocou a matéria sobre a competência de derrogação de normas anteriores, dentro da nova Constituição, em seu artigo 123, que manteve em vigência todo o ordenamento anterior que não fosse contrário à nova Constituição e em seu artigo 126 que indica o Tribunal Constitucional como o órgão competente para dirimir as divergências sobre vigência de normas (VARELA; STRATUSTEGUI, 1979, p. 72).

Outras Constituições, como a sueca de 1974, determinou que todo o ordenamento anterior sofresse uma novação, passando a ser considerado recepcionado integralmente, de modo que a revogação de leis só poderia ocorrer pela aprovação de novas normas pelo poder legislativo, ou seja, por leis posteriores, colocando o tema dentro do quadro simplificado de resolução de antinomias (VARELA; STRATUSTEGUI, 1979, p. 63). No caso da Constituição sueca de 1974, que substituiu a Constituição de 1809, sem que isso tenha representado uma ruptura com o regime anterior, fica clara a decisão política de manutenção do ordenamento jurídico pré-constitucional, quando dispôs que a revogação de normas ficaria exclusivamente como uma responsabilidade do poder legislativo. Ainda que esse seja o espaço originário de produção de normas, colocar o poder legislativo como protagonista do processo de revogação de normas anteriores demonstra a ausência de premência política em enfrentar possíveis adversidades para o novo regime trazidas pela manutenção do ordenamento anterior.

Já as Constituições italiana e espanhola do pós-guerra não regulamentaram o tema expressamente, estabelecendo um debate público sobre as diversas possibilidades de lidar com o tema. Mesmo que de modo não tão frequente, o debate sobre as implicações da manutenção ou não de determinadas normas produzidas por regimes totalitários europeus ocorreu nesses países.

Ocorre que, na América Latina, o tema não só não foi tratado diretamente pelas novas Constituições como o debate público e acadêmico também não enfrentou essas questões. Como dito anteriormente, esse modo particular de tratar o tema das normas pré-constitucionais é o principal

objeto desta pesquisa, no sentido de que se considera que a possibilidade de vinculação entre as conjunturas transicionais de cada país e o tratamento dado a essas normas produzidas pelos regimes ditatoriais pode contribuir para desvelar rupturas e continuidades dos regimes autoritários. As soluções jurídicas encontradas para resolver as controvérsias em relação a essas normas indicam, por um lado, a compreensão dos agentes do poder judicial sobre a condição da nova ordem constitucional de deixar para trás os padrões autoritários de produção normativos e, por outro, sua disposição em manejar o novo texto constitucional com vistas à consolidação do regime de democracia formal instaurado.

Isso porque a recepção das normas pré-constitucionais pode pressupor ou não a supremacia constitucional indicando se o tema será tratado pelas Cortes superiores ou por todo o poder judiciário. Essa reflexão envolve, portanto, uma análise normativa sobre o desenho institucional dos poderes judiciários contemplados em cada Constituição, mas também os seus significados simbólicos e conjunturais. Por exemplo, no caso alemão, permitir que o debate sobre a vigência de normas pré-constitucionais começasse nos juízes de instância inferiores para ser resolvido pelo Tribunal Constitucional é considerada por Varela e Stratustegui como uma estratégia de incorporação da ruptura com a ordem jurídica anterior por todo o poder judicial, baseada em uma transição que tornou incogitável a continuidade do regime anterior. Já no caso italiano, em que a transição não alcançou o mesmo nível de incorporação social da ruptura com o regime anterior, decisão semelhante, de permitir que os juízes pudessem decidir sobre as normas pré-constitucionais, foi compreendida pelos autores como um modo de permitir a continuidade do ordenamento jurídico fascista (VARELA; STRATUSTEGUI, 1979).

No caso dos países latino-americanos aqui estudados, os textos constitucionais não contemplaram caminhos para o enfrentamento da questão e as Cortes tornaram-se os espaços próprios do manejo interpretativo da teoria para adotar uma ou outra solução. Diante do desenho institucional das Cortes, as soluções e os caminhos por elas adotados podem apontar consequências políticas do enfrentamento ou não das experiências autoritárias, muito além das justificativas "neutralizadas" apresentadas em muitas das abordagens da teoria da recepção das normas que predominam na literatura jurídico-constitucional em nossa região.

A seguir será explicitado o desenho metodológico da pesquisa e, também as peculiaridades históricas do caso argentino e os resultados obtidos até o momento quanto ao estudo das decisões judiciais da Corte Suprema de Justiça de la Nación (CSJN) argentina.

2. Desenho da abordagem metodológica

Os documentos constitucionais são comumente concebidos pela literatura acadêmica como pactos de natureza política, jurídica e social que remetem a um projeto de futuro, ou ainda, que

refletem como as sociedades que os pactuam gostariam que as suas realidades fossem um dia, numa clara referência ao cumprimento do desiderato último de toda norma jurídica: a expressão de um "dever ser" (HESSE, 1991, p. 15). É consueto, portanto, que os problemas de pesquisa da área vinculem-se às dinâmicas próprias de um tempo delimitado pelas vigências das Constituições.

A problemática apresentada nesta pesquisa não foge a essa habitualidade. Quando a proposição de análise busca verificar se as soluções das Cortes para o tratamento das normas pré-constitucionais contribuem ou não para melhorar as condições para o exercício da força normativa das Constituições, a resposta que se busca tem uma preocupação ancorada no presente.

O que atravessa de modo pouco corriqueiro a problemática proposta é a premissa do autoritarismo como uma permanência histórica que pode ser determinante para a compreensão das soluções das Cortes não a partir de um ponto de vista estritamente jurídico, mas situando-as sociologica e historicamente. Ou seja, nesse caso, o resultado normativo contemplado pelas cartas Constitucionais, somado à análise de soluções das Cortes sobre como lidar com conflitos normativos temporais, adquire importância para o recorte pretendido se esses elementos forem considerados diante das condições de produção desses pactos constitucionais, de modo que possam ser vistos como processos estruturantes de dinâmicas de poder já existentes e que extrapolam uma análise da estrutura institucional em sentido estrito.

Diante desse desafio, a estratégia de abordagem metodológica escolhida foi a da sociologia histórica, considerando sua vocação para o estudo das transformações sociais a partir das grandes estruturas estatais, situadas em longos períodos históricos, que potencializa a superação das dicotomias entre passado e presente por meio de análises que vinculam a formação das instituições estatais às ações humanas no tempo. Essa articulação busca caracterizar um contínuo processo em formação que pode desvelar e identificar persistências, regularidades, bloqueios e potencialidades (ANSALDI; GIORDANO, 2012, p. 42).

No caso da pesquisa aqui problematizada a estrutura estatal está recortada pelas Cortes, que serão consideradas nos contextos de transformação das sociedades brasileira, chilena, argentina e colombiana em suas transições políticas das experiências ditatoriais para os regimes de democracia formal. Nesses casos, a consideração do modo como as Cortes se estruturam diante dessas conjunturas se articula a uma análise sobre quais possibilidades estavam em jogo e eram defendidas dentro das disputas políticas que constituíram esses processos.

Aos moldes do que propõe Charles Tilly, o desafio, nesse caso, parece ser o de explorar ao máximo a pressuposição de que toda a estrutura ou processo constitui uma série de possibilidades de escolha, até mesmo porque a hipótese do trabalho funda-se na percepção de que o "quando" as estruturas das Cortes se forjaram nos contextos transicionais, afeta diretamente o resultado de seus formatos ou o "como" se constituíram (TILLY, 1991, p. 29), influenciando diretamente no modo

como decidiram sobre quais soluções seriam aplicadas aos conflitos entre as normas pré-constitucionais e os textos das Constituições, mesmo que sob discursos jurídicos "neutralizantes".

A sociologia histórica proporciona a hibridação de disciplinas (DOGAN; PAHRE, 1989) que, considerando o protagonismo dos conceitos constitucionais da teoria da recepção normas para esta pesquisa, possibilita agregar à história e à sociologia o próprio direito, sendo possível falar em uma sociologia histórica do jurídico. Neste caso, o fenômeno jurídico é também concebido como um fenômeno social, resultado da correlação entre as condições sociais existentes (com todos os seus conflitos e disputas) e a ordem jurídica disponível (GIORDANO, 2012, p. 16).

Por fim, é preciso esclarecer que o fato da problematização formulada na pesquisa adotar a premissa de que o autoritarismo funciona nas sociedades latino-americanas como uma amálgama historicamente presente nas relações sociais e político-institucionais, o estudo dos casos aqui escolhidos não tem como objetivo evidenciar ou comprovar tal premissa. O que se quer com a pesquisa é, em primeiro lugar, entender como e porque as coisas se passaram de modo diverso em cada um dos casos escolhidos, mesmo que compartilhem várias semelhanças conjunturais e, em segundo lugar, identificar as repercussões no campo jurídico da compreensão obtida nesse processo de comparação.

A comparação é uma das principais ferramentas de abordagem da sociologia histórica e, a depender dos objetivos da pesquisa, ela pode ser utilizada de várias formas. Considerando a premissa adotada como ponto de partida e os objetivos acima descritos, a comparação das soluções adotadas pelas Cortes dos países escolhidos pode ser inserida em uma estratégia de análise de regularidades causais na história (SKOCPOL, 1984, p. 376) que não se ancora na meta de comprovação da premissa, mas na possibilidade de seu aperfeiçoamento ou até mesmo a sua eliminação. Isto porque essa é uma perspectiva em que os casos históricos são analisados considerando todas as oportunidades disponíveis e assumindo a validade de hipóteses alternativas como modo de ajudar a reconhecer ou não regularidades (BAGGIO; BERNI, 2022, p. 9).

Ou seja, até mesmo a pressuposição do autoritarismo como amálgama de permanência histórica pode acabar sendo questionada. Segundo Skocpol, uma das vantagens dessa estratégia é que não há nenhum esforço para analisar fatos históricos desde uma perspectiva de modelos gerais: não há o compromisso com uma ou outra teoria, mas o esforço para se descobrir as razões concretas que explicam os processos históricos relevantes (SKOCPOL, 1984, p. 376). E, nesses termos, a ferramenta de comparação que mais pode contribuir com essa estratégia de análise é a comparação individualizadora, nos moldes descritos por Charles Tilly, já que não tem a pretensão de comprovar evidências, mas dar início a uma investigação social que pode ou não gerar conclusões generalizantes, sem que essa seja sua função principal (TILLY, 1991, p. 120).

Como será visto a seguir, o caso da Argentina contribui para a pesquisa nos termos de suas particularidades, que serão aprofundadas no próximo tópico, mas que podem ser sintetizadas pela prática histórica do uso leis de *facto*, por uma transição política com alta mobilização social e, ainda, pela retomada simbólica de seu texto constitucional fundacional como caminho de retorno à democracia. Ao mesmo tempo em que o caso se insere no contexto regional das transições políticas latino-americanas, sobretudo, em relação às experiências do cone-sul, suas peculiaridades podem tanto matizar a premissa da pesquisa tornando-a mais completa e compreensível, como também questioná-la em seu próprio status de categoria capaz de sustentar a problemática proposta.

3. A Doutrina dos Atos *de facto* na CSJN e sua centralidade para formação da legalidade autoritária.

Compreender a tradição constitucional histórica na qual a CSJN lidou com a legalidade legada pelos regimes autoritários inconstitucionais, demanda entender como a Corte elaborou um debate ao longo de décadas sobre a distinção entre atos de governos legítimos *de iure* (por Direito, conforme ao Direito) e atos de governos *de facto* (i.e., governos estabelecidos de fato, na prática, mas não conformes ao Direito). Ainda que, legalmente, determinado ato só possa ser validamente reconhecido como jurídico quando se produz conforme o Direito, em alguns casos, um governo *de facto*, que chegou ao poder por meios não reconhecidos legalmente ou ilegais, pode vir a impor atos e normas, por meio do controle da força, que acabam sendo obedecidos como se jurídicos fossem enquanto durar esse governo. Nesses casos, há o que jurisprudência e doutrina denominam de atos *de facto.*

A importância desse conceito tem origem na doutrina do Direito Administrativo, especialmente como sistematizada pelo jurista canadense Albert Constantineau (1910). Inicialmente era um meio de cogitar a convalidação de atos administrativos gerados por funcionários que tinham alguma irregularidade formal na sua nomeação, para que a invalidade da autoridade do funcionário não implicasse na perda dos direitos adquiridos por terceiros a partir dos atos *de facto*.

A jurisprudência argentina, porém, desde muito cedo se apropriou da doutrina da convalidação dos atos *de facto* com resultado diverso. Utilizou-a, a partir de 1865 (Fallo 2:127, Baldomero Martínez *et alii*), para dar validade às ações de governos *de facto*, mas de forma a reconhecer-lhes autoridade constitucional, ainda que provisória. Essa doutrina do reconhecimento dos atos *de facto* origina, conforme o jurista argentino Carlos Nino (2005, p. 60) "uma sequela jurídica que seria o germe de uma debilidade crucial em nossas práticas jurídicas: o reconhecimento dos governos de fato, máxima expressão do sentido de ajuridicidade de nossa vida pública".

A partir daí, foi se assentando na jurisprudência da CSJN a convalidação de leis de fato emanadas por governos surgidos de golpes de Estado. A partir da chamada "Acordada de 1930",[4] a posição jurisprudencial é sistematizada na chamada "doutrina da equivalência", a qual sustenta que leis *de facto* equivalem a leis *de iure*, ainda que dentro de determinados limites: não se equivaliam as leis sobre matéria penal, as leis *de facto* caducariam ao fim do governo *de facto* e a legislação anterior que houvesse sido revogada por leis *de facto* voltaria a ser válida e vigente com o retorno ao governo *de iure*.

A mesma doutrina foi reafirmada pela corte na "Acordada de 1943" que convalidou novo golpe militar. Retomado o governo *de iure* em 1946, a Corte aprofundou ainda mais a doutrina da equivalência (Fallos 208:184 e 209:25), dispensando mesmo aquelas poucas restrições. Nessa virada jurisprudencial, as leis *de facto* passam a ter vigência e validade reconhecida mesmo depois do retorno ao governo *de iure:* a CSJN adotaria a chamada "doutrina de equivalência irrestrita". Retrospectivamente, a posição anterior denomina-se doutrina de equivalência restrita. A equivalência irrestrita seria aplicada novamente ao golpe militar de 1955 (e.g., Fallo 238:76) e aos governos de fato que lhe seguiram.

Em 1973, após um novo retorno à constitucionalidade após um governo *de facto* instaurado por golpe em 1966, a Corte mudou sua posição. Após o rechaço explícito das leis de fato pelo Congresso Nacional democraticamente eleito, a CSJN voltou a decidir os casos sobre leis *de facto* a partir da doutrina da equivalência restrita, e não mais da irrestrita (e.g., Fallos 282:62, 293:665). Porém, em 1976, ocorreu o golpe militar que conduziu à mais recente Ditadura Institucional das Forças Armadas,[5] cuja legalidade autoritária queremos analisar mais detidamente.

Ocorre que, nessa última redemocratização, ocorreu significativa mudança na jurisprudência da Corte sobre os atos de *facto*. Em uma conjuntura marcada pela completa substituição da Corte por ministros com uma pluralidade de visões, somada ao foco do governo Alfonsín em desenvolver uma agenda de transição política com responsabilização, a CSJN formulou uma nova doutrina em sua jurisprudência. O tribunal passou a adotar uma "doutrina da inequivalência" entre os atos *de facto* e *de iure:* os atos de *facto* são totalmente inválidos e não poderiam produzir efeitos, exceto quando ratificados, de forma explícita ou implícita, por qualquer dos poderes constituídos *de iure*. Ou seja, adotada a doutrina de inequivalência, toda a legalidade produzida *de facto* sob o regime autoritário passa a ser reconhecida como automaticamente inválida e sem vigência, excetuados os casos em que esses atos recebessem validade *de iure* dos poderes constitucionalmente estabelecidos. Depois, a

[4] Na Acordada de 1930, os ministros da CSJN decidiram por convalidar os atos governo golpista do general José Felix Uriburu, que se estenderia de setembro de 1930 até fevereiro de 1932.

[5] Nesse trabalho, optamos por utilizar essa denominação, conforme a classificação de Waldo Ansaldi e Verónica Giordano (2012), pela sua coerência com os focos metodológicos da sociologia histórica aplicada à América Latina. Veja-se mais abaixo, e na próxima nota, para a explicação dessa opção de recorte.

reforma constitucional de 1994 estabilizou no próprio texto constitucional essa doutrina de inequivalência, ao referir as normas produzidas por regimes de força como "insanavelmente nulas" no artigo 36 adicionado à Constituição em vigor. Assim, os debates e posicionamentos da CSJN quanto à legalidade autoritária precisam ser interpretados tendo em vista esse histórico mais longo do amadurecimento jurisprudencial das doutrinas sobre os atos *de facto,* por um lado. De outro, é preciso apontar como certas peculiaridades da última transição política geraram essa mudança na forma como a Corte lida, sistematicamente, com os problemas da legalidade autoritária.

4. Particularidades históricas da transição argentina

O mais recente regime autoritário da Argentina, que se autodenominou "Processo de Reorganização Nacional", transcorrido entre 1976 e 1983 possui, como todos os casos de regimes políticos, particularidades. Ainda assim, pode ser agrupado por suas semelhanças na categoria mais ampla de "Ditadura Institucional das Forças Armadas". Conforme Ansaldi & Giordano, (2012, p. 409 et seq.), estas Ditaduras Institucionais se diferenciam uma vez que a participação das Forças Armadas não se dá por facções de militares ou em apoio a este ou aquele projeto político civil, mas sim a partir das Forças Armadas enquanto instituição de Estado; e é enquanto instituição que estas exercem o poder, uma vez instaurados tais regimes, que inclusive contam com regras de institucionalização - como mecanismos de sucessão do exercício do governo (ANSALDI & GIORDANO, 2012, p.412).[6] Também seria uma característica geral das Ditaduras Institucionais das Forças Armadas as transições pactuadas, possibilitadas pelo seu elevado grau de institucionalização quanto a procedimentos sucessórios. Emerge então uma peculiaridade do caso argentino: pese tal categorização do regime, a transição não se deu de forma pactuada como em outras Ditaduras Institucionais, a exemplo de Brasil e Chile (ANSALDI & GIORDANO, 2012, p. 412). Destaca-se como peculiar, primeiramente, a ausência de negociações e acordos do regime democrático com a Ditadura que saiu de cena, mas também outros fatores precisam ser referidos: o fracasso de qualquer possibilidade de encontrar um ponto comum entre os discursos do regime, das vítimas e da sociedade civil; a pressão dos movimentos de direitos humanos por "demandas maximalistas" exigindo ao governo democrático o maior grau de responsabilização possível dos agentes da ditadura; e a existência de elementos conjunturais que estimularam agentes não alinhados com o governo de transição nem com os

[6] "Diferente das tradicionais ditaduras autocráticas, paradigmáticas da América Central e Caribe, as instauradas a partir de 1964 foram o resultado da decisão das Forças Armadas, *qua* instituição, de tomar por assalto o Estado (do qual são, por definição, seu "braço armado"), e governar apelando a mecanismos de seleção dos governantes, decididos e, em geral, exercidos pelas hierarquias militares estatuídas para tal efeito. Assim, o dado singular (...) foi que as Forças Armadas, *qua* Instituição, tomaram conta do poder e as autoridades por ela escolhidas o exerceram em representação das três forças - Exército, Marinha e Aeronáutica (...) - sob pretexto de restaurar uma democracia que, segundo os golpistas, estava corrupta e/ou ameaçada pelo populismo e/ou marxismo". Tradução nossa.

movimentos de direitos humanos a votarem em favor da agenda transicional por questões de oportunismo político (NINO, 2015, 330-339).

Porém, além da transição para a democracia, cabe apontar uma peculiaridade também na transição que antecede a ditadura em questão. A Argentina do golpe em 1976, à distinção de outros países, já havia passado por uma Ditadura Institucional das Forças Armadas, entre 1966 e 1973, esta sim com uma saída pactuada pressionada por mobilizações populares massivas, como o *Cordobazo* e o *Rosariazo*. Quanto ao fenômeno da legalidade autoritária, mesmo que o presente trabalho não se ocupe das normas produzidas sob a Ditadura de 1966-1973, relevante notar que, entre esse septênio ditatorial e o breve e conturbado retorno à democracia (1973 a 1976), não ocorreram modificações substanciais na composição e procedimentos da CSJN.

Já a transição mais recente, marcada a partir de 1983, mostrou-se distinta. Por quê? Primeiramente, há a influência de um fator peculiar, que é o de não se tratar inteiramente de uma transição endógena. Se classificarmos as transições quanto a suas origens, diferenciamos entre transições que vem de dentro da própria sociedade e do sistema político (endógenas), e aquelas em que a queda do regime autoritário é provocada por fatores externos, como a derrota e ocupação em uma guerra contra um poder estrangeiro (exógenas) (TORELLY, 2012, p.55-58). Enquanto as demais transições de Ditaduras Institucionais de Forças Armadas na América do Sul (e.g., Chile, Brasil, Uruguai, Bolívia) se caracterizam por uma "dupla endogenia" (idem, p.57), – o regime autoritário se originou de dentro, e a transição também se originou de dentro – a transição argentina se deu marcada por certa mistura com características endógenas e exógenas, dada a derrota militar na guerra das Malvinas. Isso colaborou para um maior desgaste da legitimidade interna do regime; afinal de contas, era uma ditadura institucional das Forças Armadas, que falharam justamente em sua função precípua de atuar em situação de guerra.

A isso se soma a dimensão particularmente ampla, em termos de parcelas da população atingida e intensidade das violações de direitos humanos, do terror de Estado durante a ditadura argentina. Pode-se afirmar que o Terrorismo de Estado foi o princípio central de ação do regime argentino (PASCUAL, 2004, p.33), a tal ponto que a Ditadura Institucional argentina deixou de lado, em grande parte de sua duração, a preocupação com a aparência de legalidade mesmo como fachada de legitimação:

> Para o regime militar argentino, a lei não tinha nenhum valor intrínseco; as decisões da Junta Militar ficavam acima da lei, determinando quais as leis que vigoravam e qual seu conteúdo. […] O Estado, desse modo, não só se afastava do princípio da legalidade, transformando todo ato de governo em lei, em lugar de ter a lei como fundamento de todo ato de governo, como também sujeitava o direito à vontade arbitrária da junta (PASCUAL., 2004, p.135)

Não que não tenha havido produção de legislação, afinal após fechar o parlamento, a Ditadura criou a Comissão de Assessoramento Legislativo (CAL) para realizar o trabalho burocrático (redação, indexação, publicação etc.) de modo a colocar atos normativos – autodenominados "leis", na verdade apenas leis *de facto* – em circulação para operacionalizar o funcionamento estatal. No entanto, essas leis *de facto* careciam de qualquer processo legislativo que aparentasse representação ou deliberação política real, não chegando a formar um legislativo de fachada.[7]

Essa questão foi tão central que, para o caso argentino, a transição tornou-se, também, afirmação da legalidade e do Estado de Direito, diretamente abandonados pela Ditadura. Esta transição se dá em um contexto de saída que não teve espaço para negociações como em outros países da América Latina, pois ocorreu o colapso institucional do regime autoritário. Nessas condições, foi possível ao primeiro governo democrático argentino, aprofundar uma agenda de transição menos conciliadora com o autoritarismo e mais dedicada à responsabilização de agentes. Durante a primeira presidência democrática, liderada por Raúl Alfonsín, a estratégia transicional articulada pelo seu ministro da justiça, Carlos Santiago Nino (2015), enfrentou, é claro, desafios; porém, logrou o feito praticamente inédito de levar a juízo, por crimes de severas violações de direitos humanos, os agentes de nível hierárquico mais elevado do regime autoritário imediatamente anterior – ainda que ocorrendo concessões e leis de impunidade, como as leis de Obediência Devida (23.521/1987) e Ponto Final (23.492/1986).

Na questão da legalidade, a nova democracia se via diante de uma questão constitucional. A Ditadura Institucional havia, certamente, violado a Constituição a partir do golpe de 1976 e não instaurara qualquer legalidade propriamente constitucional em seu lugar. A democracia que emergia precisava de algum esteio constitucional para afirmar pretensões ao Estado de Direito. Qual o caminho a ser adotado? Outros países da região viriam a criar novas Constituições para o novo sistema democrático surgido da transição. No entanto, a opção política que prevaleceu na Argentina foi restaurar a vigência da Constituição anterior à ditadura, isto é, a Constituição de 1853 com as emendas feitas até a data do golpe militar.

Posteriormente, em 1994, uma Convenção Nacional Constituinte sancionou uma grande reforma, com várias alterações do texto constitucional, mas mantendo explicitamente a continuidade com o documento de 1853. A convocação desta Constituinte foi a concretização de um acordo entre forças políticas já em democracia: de um lado, a pauta da reforma constitucional estava presente já no governo de Alfonsín (União Cívica Radical); de outro, diante da incapacidade do radical de concluir essa reforma durante seu mandato, tocou ao Presidente seguinte, Carlos Menem (Partido

[7] Ainda assim, como se verá mais adiante, a CAL publicou a maioria das suas leis de fato nos anos finais do regime, com vistas a uma possível transição pactuada, que não se consolidou. O que também significa dizer que durante o momento mais estável do regime, mesmo essa Comissão restrita era pouco utilizada pela Ditadura.

Justicialista) dar seguimento à reforma. Diante de uma conjuntura que opunha fortemente os partidos Radical e Justicialista na competição democrática, mas em que não se podia arriscar um deslize de volta para a ditadura, Menem e seu antecessor lavraram, no final de 1993, um acordo, conhecido como *Pacto de Olivos*, em que ambos os partidos estabeleciam um Núcleo de Coincidências Básicas consensuadas sobre a reforma constitucional, a fim de garanti-la, evitando tensões que pusessem em risco os consensos democráticos. Ambos partidos fizeram votar, na Câmara de Deputados, a Lei 24.309 convocando Convenção Constituinte, com eleição dos representantes convencionais na forma de uma constituinte exclusiva, na qual o Núcleo de Coincidências Básicas (registrado na lei de convocação) foi votado como um único bloco sem deliberação, abrindo-se depois a discussão sobre as demais matérias.

Deve-se destacar que a Reforma de 1994 logrou, além da transformação do texto, resolver em definitivo possíveis controvérsias acerca da legitimidade de reformas constitucionais anteriores ocorridas sob regimes *de facto*. A questão havia ficado de certo modo pendente na medida em que uma reforma parcial à mesma Constituição havia sido aprovada sob um governo democrático em 1949, mas esta reforma democrática fora derrogada por uma proclamação *de facto* da ditadura militar que foi de 1955 a 1958. Como a derrogação *de facto* fora convalidada por uma reforma constitucional ainda no final deste regime, em uma Convenção coagida pelo autoritarismo, havia certa margem de controvérsia se o texto constitucional devia viger com as "reformas" de 1958, ou com as de 1949. A reforma de 1994 pôs termo ao problema, já que decidiu todos os pontos pendentes entre essas reformas anteriores, agora sob uma Convenção constitucional democrática e legítima.

Isso inclusive pode ser um dos motivos para a inclusão, relevantíssima para a questão da legalidade autoritária, do artigo 36 na Constituição argentina a partir da reforma de 1994. Diz esse dispositivo:

> Artículo 36.- Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos.
> Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el Artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas.
> Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles.
> Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo.
> Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos.
> El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función.

Se destaca aí que o constituinte derivado de 1994 optou por dar uma clara consequência aos atos de força contra a ordem constitucional, implicando nulidade insanável. Significa dizer, os atos

dos governos *de facto* não são válidos, nem poderão ser tornados válidos. A previsão de sanções de natureza administrativa e penal aos praticantes dos atos, e a explicitação do direito de resistência contra eles, deixa inequívoca a intenção dos convencionais em rechaçar os golpes de Estado. Ainda assim, fica aberta a questão de se esse artigo age sobre os atos de força *já ocorridos* antes da reforma (como os da Ditadura Institucional das Forças Armadas), ou se apenas se aplica com vistas ao futuro.

Por fim, na profundidade da transição argentina, se destaca que a ruptura entre o regime autoritário anterior e a nova legalidade democrática se deu também em nível institucional no judiciário. Como referido anteriormente, a CSJN argentina, órgão máximo do Poder Judicial conforme a Constituição argentina desde as origens em 1853, foi inteiramente substituída. Todos os juízes apontados pelo regime *de facto* foram destituídos de seus cargos, e apontados novos juízes pelo presidente democraticamente eleito Raúl Alfonsín.

Nisso, ele apenas seguia o padrão de todos os demais presidentes eleitos em restaurações democráticas após ditaduras na história argentina (SABSAY, 2004, p.498). Os critérios de nomeação da presidência Alfonsín foram principalmente de prestígio no meio jurídico e de demarcar ao máximo possível a pluralidade de orientações ideológicas dos nomeados (dois independentes, dois vinculados à União Radical e um vinculado ao Justicialismo). Essa conformação das indicações possivelmente foi influenciada pelo fato de que a UCR não dispunha de maioria no Senado, pelo que era razoável o temor de um rechaço das nomeações se essas fossem demasiado alinhadas ao partido (SABSAY, 2004, p.498). Ainda que fatores de oportunidade política possam ter sido predominantes nos motivos da decisão, o resultado foi uma corte excepcionalmente independente do Executivo para os padrões históricos argentinos.

Tão excepcional, que a situação de pluralismo e independência não logrou durar mais um mandato presidencial. Por meio de uma lei aprovada pela maioria peronista no Congresso Nacional (lei 23.774/1990), a presidência de Carlos Menem ampliou de cinco para nove o número de juízes da CSJN. Na prática, isso deu a Menem a oportunidade de escolher a maioria da corte, a qual ele preencheu com juízes conservadores alinhados ao Partido Justicialista ou com proximidades pessoais à sua família (SABSAY, 2004, p.499-501). A percepção de perda de independência da Corte "menemista" afetou a imagem institucional da CSJN, que caiu em desprestígio com a cidadania, o que eventualmente explica também a abertura de um *impeachment* em massa de juízes da Corte em 2002, na sequência da crise de instabilidade que atingiu a Argentina em 2001[8] (idem, p.498, 516-517).

[8] Tamanha a instabilidade provocada que a crise política de 2001 às vezes é referida pelo fato peculiar de que na sua duração chegaram a se suceder oficialmente 5 presidentes em um período de apenas 11 dias, entre a renúncia de Fernando de la Rúa e a posse de Eduardo Duhalde logo após o ano novo de 2002.

O contexto histórico da transição argentina, assim, é marcado duplamente pelas características do regime autoritário e da transição. De um lado, o grau de desapego à legalidade da Ditadura Institucional das Forças Armadas torna razoável suspeitar que, ainda que a CAL tenha produzido significante quantia de leis de fato durante todo o período, o regime intensificou o desenvolvimento de legislação para dar aparência de legitimidade legal ao autoritarismo já no final de sua duração,[9] quando a crise da ditadura encaminhava para a necessária retomada da democracia, mas o regime ainda podia visar uma transição controlada e pactuada, pois ainda antes da derrota das forças militares nas Malvinas concluir seu colapso.[10]

De igual maneira, a completa reconstituição da Corte após a retomada da democracia poderia sugerir uma maior ruptura do Poder Judiciário com os compromissos da legalidade autoritária, e uma postura menos aberta à recepção desta pela nova ordem. Isso de fato ocorreu, afinal a Corte alterou sua postura para a doutrina da inequivalência. É de se destacar que a CSJN sempre contou com as doutrinas da lei de *facto* como maneira uniforme de lidar com as questões que aqui chamamos de legalidade autoritária. A novidade pós-transição é que agora essa uniformidade se posicionou pelo enfrentamento da legalidade autoritária, enfim apontada como ilegítima.

Se houve limites ao alcance desse processo de enfrentamento, porém, também há que se considerar o fato da perda de independência da Corte frente ao governo Menem logo a seguir – a postura titubeante do menemismo frente à agenda de transição torna-se fundamental – e a dificuldade da CSJN em recobrar a legitimidade depois do desgaste desse período, cumulando na crise de impedimentos em 2002.

Mas, especialmente, para a compreensão do caso argentino, tem grande relevância a escolha política imediata após a ditadura, de restaurar a vigência da Constituição de 1853, confirmada na postura da Convenção Constituinte de 1994, na esteira do pacto político de Olivos. Nesse ponto, destaque vai para a criação do artigo 36, com sua disposição afirmadora da força normativa da Constituição, e a sanção de nulidade dos atos de força contra a Constituição. Por isso, podemos falar da transição argentina como um processo de relativa ruptura política e jurídica no que se refere à

[9] No último ano de Ditadura, 1983, foi editada a maior quantidade de leis de fato, 75. Nos demais anos, a produção anual dessas normas variou do ponto mais baixo de 24 leis em 1976, a um segundo maior pico de 70 leis em 1978. Fonte: https://www.lasleyesdeladictadura.com.ar/. A partir desses dados, se calcula uma média simples de 52,125 leis de fato por ano durante essa Ditadura Institucional das Forças Armadas.

[10] Não é de se excluir também o possível peso da escolha eleitoral na primeira eleição da abertura. Enquanto a UCR com Alfonsín havia firmado a responsabilização do regime autoritário nas suas pautas de campanha prioritárias, o outro candidato principal da oposição à ditadura, o peronista Ítalo Luder, defendia a impossibilidade de julgar os crimes dos militares por uma interpretação sua do direito constitucional à irretroatividade da lei penal com relação à autoanistia preparada pela Ditadura. A UCR acusou, não sem motivos, o partido Peronista de estar preparando uma transição pactuada com os militares (NINO, 2015, p.320). De tal forma que, sendo esta uma das questões políticas que alinharam a eleição, caso o povo argentino tivesse escolhido o Partido Peronista, talvez a transição ainda pudesse ter ocorrido na forma pactuada, que afinal é a mais recorrente em casos de saída de Ditaduras Institucionais das Forças Armadas.

Ditadura, mas que buscou na tradição constitucional mais antiga bases para restaurar, mais que refazer, a vigência da legalidade democrática.

5. Conclusões

Até o presente momento, podemos indicar como resultados parciais de nossa investigação alguns indícios que questionam a hipótese de que as Cortes latino-americanas não aplicam uma teoria da recepção de forma consistente e que isso se deve às influências dos processos transicionais. A CSJN tem sim uma posição sistemática, repetida e relativamente estável no tempo, desenvolvida especialmente para lidar com a questão da relação entre normas produzidas fora do período de vigência de fato da Constituição e a ordem constitucional. Porém, se destaca que, pela escolha de continuidade realizada na transição ao sustentar a retomada da Constituição de 1853, a CSJN elaborou essa posição a partir de sua própria transição, sobre o debate das leis *de facto*, ao invés de um debate mais estritamente de teoria da recepção típica. É indubitável, portanto, que a conjuntura transicional em que se inseriu a Corte, contribuiu para a sustentação dessa posição.

Assim contextualizada, vemos na jurisprudência recente confirmações de uma virada significativa da Corte com a última transição democrática, representada pela adoção da doutrina de inequivalência. O uso de tal doutrina no âmbito da Corte Suprema mantém a sistematicidade e continuidade do debate que pauta a tradição constitucional argentina, mas lhe dá nova solução, para rechaçar em geral os casos de legalidade que chegam à sua jurisdição.

Aqui cabe opor um detalhe, porém. Essa postura do tribunal supremo, ainda que firme dentro de seu escopo, tem limitada eficácia sobre o sistema legal argentino como um todo. Isso porque a CSJN se mostra uma Corte de acesso extremamente difícil ao cidadão: apenas pode ser alcançada por um rol limitadíssimo de ações originárias com poucos legitimados, ou por recursos de última instância nos processos que se demonstre uma questão de controle constitucional difuso recorrível. De tal forma que a posição da Corte tem impacto para afastar a legalidade autoritária apenas nas poucas áreas que mais chegam à sua jurisdição.

Em nossos resultados, isso se expressou na forma de uma desproporcional presença de decisões atinentes ao direito penal aplicável aos agentes da Ditadura (7 casos de 25, ou seja, 28% do total). Isso faz sentido, dado que a pauta da responsabilização penal dos torturadores provocou uma grande mobilização social, e que contou com apoio do governo, precisamente na época imediatamente após a retomada da democracia - não por acaso, o período em que mais se encontram casos da corte julgando legalidade autoritária. Outras áreas do Direito impactadas pela legalidade autoritária, no

entanto, restaram negligenciadas. Por isso, ainda vigem 417 leis produzidas no período autoritário,[11] muitas delas restritivas ou violadoras de direitos fundamentais e humanos, que não foram repelidas, pois sequer chegaram a ser questionadas perante a CSJN.

Outro fato que sugere que há diferenças dentro das normas de legalidade autoritária guiando quais são levadas ou não a juízo é o fato que a grande maioria das normas julgadas perante a CSJN são já dos últimos anos da Ditadura Institucional das Forças Armadas. Uma possível explicação para esse fenômeno está no fato que o autoritarismo argentino foi, como apontamos, demonstrou notório desprezo pela legalidade (mesmo aquela de fachada). Nessa toada, seria razoável cogitar que ao final do regime, visando a uma transição pactuada típica de Ditadura Institucional das Forças Armadas que apenas depois se mostrou impossível conjunturalmente, as forças autoritárias intensificaram a produção de normas para assegurar a legalidade autoritária no sistema jurídico.

Destarte, concluímos que o caso argentino sugere uma possível comprovação parcial da hipótese no que se refere à influência da transição - isto é, da ordem das escolhas políticas - na postura teórica e jurisprudencial da Corte analisada quando se depara com a questão da presença das normas de legalidade autoritária no sistema jurídico contemporâneo. Mais ainda, notamos que uma agenda de transição mais mobilizada foi capaz de produzir uma relevante mudança em uma longa tradição jurisprudencial, no sentido da superação da legalidade autoritária e da garantia da força normativa da Constituição, ainda que essa mudança apenas alcance a legislação até onde vão os limites de atuação e acesso do tribunal em questão.

Referências

ANSALDI, Waldo; GIORDANO, Veronica. *América Latina*: la construcción el orden. Tomos I e II. Buenos Aires: Ariel, 2012.

BAGGIO, Roberta Camineiro; BERNI, Paulo Eduardo. Breves ajustes à contribuição da sociologia histórica ao constitucionalismo latino-americano. *Revista Direito e Práxis*, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2022 Disponível em: link para o artigo. Acesso em: 26/06/2022. DOI: 10.1590/2179-8966/2022/62441.

CANELO, Paula. *La política secreta de la última dictadura argentina (1976-1983)*, Buenos Aires, Edhasa, 2016.

CONSTANTINEAU, Albert. *A treatise on the facto doctrine*. In Its Relation to Public Officers and Public Corporations Based Upon the English, American, and Canadian Cases Including Comments Upon Extraordinary Legal Remedies in Reference to the Trial of Title to Office, and Corporate Existence. Toronto: Canada Law Book, 1910.

[11] Fonte: https://www.lasleyesdeladictadura.com.ar/%E2%80%8B. Conforme esta mesma fonte, tal número represente 10% de toda a legislação atualmente vigente na Argentina.

DOGAN, Mattei; PAHRE, Robert. *Campos Híbridos en las Ciencias Sociales:* innovaciones en las intersecciones de las disciplinas. RICS, n. 121, p. 498–512, 1989.

GIORDANO, Verónica. *Ciudadanas incapaces*. La construcción de los derechos civiles de las mujeres en Argentina, Brasil, Chile y Uruguay en el siglo XX. Buenos Aires: Teseo, 2012.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1991.

PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e Repressão:* autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

NINO, Carlos Santiago. *Un País al Margen de la Le*y. Buenos Aires: Ariel, 2005.

NINO, Carlos Santiago. *Juicio al Mal Absoluto*: ¿Hasta donde debe llegar la justicia retroactiva em casos de violaciones masivas de los derechos humanos? Trad. Martín Böhmer. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2015.

PASCUAL, Alejandra Leonor. *Terrorismo de Estado*: a Argentina de 1976 a 1983. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

SABSAY, Daniel Alberto. El Juicio Politico a la Corte Suprema en la República Argentina. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. N. 8, 2004, Madrid. P.493-519

SKOCPOL, Theda. Emerging agendas and recurrent strategies in historical sociology. In: SKOCPOL, Theda. *Vision and method in historical sociology*. Cambridge: Cambridge University, 1984.

TILLY, Charles. *Grandes estructuras, procesos amplios, comparaciones enormes*. Madrid: Alianza Editorial, 1991.

TORELLY, Marcelo D. *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito*: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VARELA, Santiago; STRATUSTEGUI, Miguel. Constitución nueva y leyes viejas. *Revista del Departamento de Derecho Político,* Núm. 4., Otoño 1979.