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

AUTHORITARIAN LEGALITY AND CONSTITUTIONAL JURISDICTION IN CHILE: CONTINUITIES AND RUPTURES IN THE FORMATION OF CONSTITUTIONALISM FROM THE 1990S

Roberta Camineiro Baggio [1]
Paulo Eduardo de Oliveira Berni [2]
Alexandre de Freitas Carpenedo [3]

Resumo

O processo de redemocratização na América Latina nos anos 1980 e 1990 foi acompanhado, frequentemente, pela promulgação de novo texto constitucional, fato que faz surgir o risco de conflito com a legislação produzida durante os períodos autoritários. Nem todos os países, contudo, enfrentam a permanência da legalidade autoritária adotando um novo paradigma constitucional. No Chile, em que a transição política não levou a uma ruptura da ordem constitucional, o enfrentamento da validade das normas autoritárias não teve espaço diante das restrições de acesso à jurisdição constitucional e somente a partir de reformas constitucionais o Tribunal Constitucional tornou-se protagonista do enfrentamento desse legado. O modo como ele tem enfrentado o tema da validade de tal legislação é o problema da pesquisa, que objetiva a indicação (1) o papel dos juízes do Tribunal Constitucional em contribuir para a superação dos padrões de produção normativos predominantes até então, assim como (2) da sua disposição em manejar o texto constitucional com vistas à consolidação do regime de democracia formal instaurado. Essa reflexão envolve uma análise sobre as decisões tomadas pelo Tribunal em matéria de recepção de normas e seu desenho institucional. A hipótese é que o modo como se aplica a teoria da recepção de tais normas guarda vinculação com as experiências transicionais em termos de continuidade ou não do legado autoritário. Os resultados indicam que a aplicação da Teoria da Recepção no Chile apresenta resultado destoante daquele dos países do Norte.

Palavras-chave: Direito constitucional, Legalidade autoritária, Recepção, Tribunais superiores, Sociologia histórica

Abstract/Resumen/Résumé

The process of redemocratization in Latin America in the 1980s and 1990s was often

---

[1] Professora Associada da Graduação e Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

[2] Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul

[3] Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul

accompanied by the promulgation of new constitutional texts, fact that raises the risk of conflict with legislation produced during authoritarian periods. Not all countries, however, confronted the permanence of authoritarian legality by adopting a new constitutional paradigm. In Chile, where the political transition did not lead to a rupture of the constitutional order, the confrontation of the validity of authoritarian norms had no space in the face of restrictions on access to constitutional jurisdiction and only after constitutional reforms did the Constitutional Court became protagonist of the facing this legacy. The way in which it has confronted the issue of the validity of such legislation is the research problem, which aims to indicate (1) the role of the judges of the Constitutional Court in contributing to overcoming the normative production standards prevailing until then, as well as (2) its willingness to handle the constitutional text with a view to consolidating the established formal democratic regime. This reflection involves an analysis of the decisions taken by the Court in terms of reception of norms and its institutional design. The hypothesis is that the way in which the theory of reception of such norms is applied is linked to transitional experiences in terms of continuity or not of the authoritarian legacy. The results indicate that the application of the Theory of Reception in Chile presents a result that is different from that of the countries of the North.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional law, Authoritarian legality, Reception, Higher courts, Historical sociology

1 Introdução.

O tema do presente trabalho é a análise das decisões do Tribunal Constitucional chileno quanto ao enfrentamento do tema da validade da legalidade autoritária após o restabelecimento formal da democracia. Especificamente, o problema de pesquisa é o modo como o Tribunal chileno tem enfrentado o tema da validade da legalidade autoritária. Trata-se de parte de uma investigação coletiva que tem como objetivo comparar o 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 principal objetivo da problematização proposta é investigar as soluções jurídicas encontradas para resolver as controvérsias em relação a tais normas, de modo que seja possível (1) compreender o papel dos juízes do Tribunal Constitucional em contribuir ou não para a superação dos padrões de produção normativos predominantes até então, assim como (2) de sua disposição em manejar o texto constitucional com vistas à consolidação do regime de democracia formal instaurado. Essa reflexão envolve uma análise sobre as decisões tomadas pelo Tribunal Constitucional chileno em matéria de recepção de normas e seu desenho institucional forjado no processo de transição política.

A hipótese de pesquisa é a de que, assim como ocorrido nas transições do pós-guerra com algumas Cortes de países europeus, o modo como se aplica a teoria da recepção de tais normas guarda vinculação com as experiências transicionais em termos de continuidade ou não do legado autoritário. Tal observação pode contribuir para desvelar rupturas e continuidades em relação ao legado autoritário. Aos moldes do que ocorreu com países do norte global nos processos de reconstrução do pós-Segunda Guerra Mundial, as soluções jurídicas encontradas para resolver as controvérsias em relação a essas normas podem indicar um padrão decisional interligado ao modo como cada transição foi conduzida.

Busca-se, com a pesquisa, encontrar novos elementos para a análise da ruptura ou continuidade com as normas pré-constitucionais dos períodos autoritários, a partir das decisões da referida Corte, compreendendo o uso do direito para aproximar ou afastar tais experiências autoritárias.

2. Contextualização da pesquisa.

O ponto de partida que deu origem à problematização 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 na introdução de um livro de Cláudio Véliz, escrito na década de 1980, 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).[1] Ainda que haja 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.

Se o autoritarismo é um elemento indicativo do modo como nos relacionamos politicamente, é importante analisar 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 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.

O que se pretende com a problematização, especificamente, 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, quando acionadas para tal finalidade. 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 pode representar parte importante deste, na medida em que sua capilaridade alcança todos os poderes do Estado

[1] "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" (VÉLIZ, 1984, p.15).

e repercute socialmente com consequências práticas que tendem a se prolongar no tempo, com diferentes níveis 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 nefastas 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.

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).

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 em seu léxico.

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 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).

Nos países europeus, diversas foram as respostas dadas pelas experiências de reconstrução constitucional dos países ocidentais dentro da tradição da teoria da constituição no pós-Segunda 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 a contrariasse, 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, determinaram 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 este seja o espaço originário de produção legislativa, colocar o parlamento 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.

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, 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 às 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. 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, conjunturais e até mesmo o nível de mobilização social para demandar sobre o tema nesses espaços. 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 (1979) 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, 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.

No caso chileno, o texto constitucional não contemplou caminhos para o enfrentamento da questão, tornando a Corte Suprema de Justiça e, posteriormente, o Tribunal Constitucional os espaços próprios do manejo interpretativo da teoria para adotar uma ou outra solução. Diante de seu desenho institucional, 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.

3. 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 aqui apresentada 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 sociológica e historicamente. Ou seja, 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, t. I, p. 42).

No caso do problema objeto da presente pesquisa, a estrutura estatal está recortada pela Corte Suprema de Justiça e pelo Tribunal Constitucional, que serão consideradas nos contextos de transformação da sociedade chilena em sua transição política da experiência ditatorial pinochetista para o regime de democracia formal. A consideração do modo como essas 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 parece ser o de explorar ao máximo a pressuposição de que toda a estrutura ou processo constitui uma série de possibilidades de escolha. 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, ainda que sob discursos jurídicos "neutralizantes".

A sociologia histórica proporciona a adoção conceitual da hibridação de disciplinas 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, t. I, p. 16).

Por fim, é preciso esclarecer que o fato de a problematização adotar a premissa de que o autoritarismo funciona, nas sociedades latino-americanas, como uma amálgama historicamente presente nas relações sociais e político-institucionais, não compromete o estudo do presente caso a evidenciar ou comprovar tal premissa. Ao contrário, assumir a sociologia histórica como método implica aceitar a possibilidade de que até mesmo a pressuposição do autoritarismo como permanência histórica pode acabar sendo questionada. E, portanto, ao não eleger a comprovação da premissa como uma meta deste estudo, se está assumindo que o que se quer é refletir sobre o caso chileno para que possa compreender as condições sócio-institucionais de enfrentamento do legado autoritário e, também, compará-lo em estudos futuros a outros casos da região. A comparação possibilita, em um estudo como o aqui proposto, em primeiro lugar, compreender *como* e *por que* as coisas se passaram de modo diverso em cada um dos casos escolhidos, e, em segundo lugar, identificar as repercussões no campo jurídico da compreensão obtida nesse processo de comparação.

A comparação é uma das principais ferramentas da sociologia histórica e, a depender dos objetivos da pesquisa, pode ser utilizada de várias formas. Considerando a premissa e os objetivos acima descritos, a comparação das soluções adotadas pelas Cortes selecionadas 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 de sua eliminação. Isto porque se trata 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).

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 do Chile tem um grande potencial de contribuição nos termos das singularidades que apresenta e que vão desde a personificação de Augusto Pinochet como ditador, passando pelo fato de ter sido a mais longa transição política da segunda metade do século XX, com a adoção de uma nova Constituição como marco transicional inicial. Ainda, os tribunais superiores foram artífices da manutenção do *status quo*, muito antes da instauração do regime ditatorial. Ao mesmo tempo em que o caso se insere no contexto regional das transições políticas latino-americanas, suas peculiaridades podem tanto matizar a premissa da pesquisa, tornando-a mais completa e compreensível, como também podem questioná-la em seu próprio *status* de categoria capaz de sustentar a problemática proposta.

4. O regime autoritário chileno e a construção da legalidade autoritária.

Passamos agora a identificar "como", no caso do Chile, as características do regime autoritário e do processo de transição para a democracia estão relacionadas ao "quando" elas ocorreram, em especial em relação à formação e atuação dos tribunais superiores.

O Chile viveu seu período autoritário entre 1973 – a partir do assassinato do Presidente Salvador Allende e da ascensão de Augusto Pinochet ao poder – e 1990 – ano em que Patrício Aylwin assume a presidência. Ansaldi e Giordano (2012, t. II, p. 412) classificam o regime pinochetista como uma ditadura institucional das Forças Armadas. Isso significa dizer que a instauração da ditadura resultou de uma decisão das Forças Armadas enquanto instituição. Nela, observa-se a projeção de sua ideologia autoritário-burocrática para o Estado e a sociedade.

O regime autoritário chileno, de modo semelhante ao que ocorreu no Brasil e na Argentina, foi instaurado sob o pretexto de "restauração da democracia", vista pelos golpistas como corrupta e ameaçada pelo populismo e pelo marxismo. No Chile, a frase "restaurar la chilenidad, la justicia y la institucionalidad quebrantada representa ese movimiento" (ANSALDI; GIORDANO, 2012, t. II, p. 412). Entretanto, desde muito cedo as Forças Armadas abandonaram qualquer pretensão restauradora da democracia (ANSALDI; GIORDANO, 2012, t. II, p. 434).

Em declaração dada à Revista Ercilla em 1975, o general expressou claramente sua intenção de permanecer no poder por longo período:

> El régimen actual está llamado a durar posiblemente una generación. Esta lucha puede esperar un siglo si es necesario porque conviene dar nascimiento a un espíritu público nuevo que haga imposible el retorno al juego político anterior. El proceso iniciado el 11 de septiembre de 1973 es un cambio sin retorno (NOGUEIRA ALCALÁ, 2008, p. 326).

Ora, o objetivo de "dar nascimento a um espírito público novo" passa necessariamente pela decisão política de investir na transformação e na criação de instituições capazes de impedir "o retorno do jogo político anterior". A produção da legalidade autoritária, diante desses termos, torna-se uma ação imprescindível e que só pode ser realizada mediante a concentração progressiva de poderes nas mãos de Pinochet e de seus principais colaboradores (ANSALDI; GIORDANO, 2012, t. II, p. 413).

Outra característica apontada por Ansaldi e Giordano (2012, t. II, p. 426), que também contribui para explicar o alto investimento do regime ditatorial chileno na produção e na institucionalização de suas próprias normas, é que se tratou de uma ditadura *quase* totalitária. De um lado, houve o emprego de instrumentos clássicos de coerção (como o uso do Exército, da polícia, da burocracia e, inclusive, da magistratura), de técnicas coercitivas *ad hoc*, além do controle da educação e da *mass media*. De outro, não se verificou, a não ser excepcionalmente, apelo às massas (característica marcante dos regimes totalitários).

Ademais, matizou-se a pretensão de estabelecimento de um controle total a partir da existência de uma oposição consentida. São exemplos desse fato a consulta popular realizada em 1978, o referendo para aprovação da Constituição em 1980 e plebiscito sobre a extensão do mandato de Pinochet em 1988. Esse nível de preocupação do regime também ajuda a explicar a dificuldade de enfrentamento da legalidade autoritária estabelecida, já que ajuda a confundir a população e as forças políticas que, de algum modo, contribuíram para o discurso de legitimação do regime.

O resultado bem-sucedido dessa estratégia está na percepção de que foi um dos regimes que mais avançou em termos de desarticulação do Estado. Os assim chamados *Chicago Boys* (grupo de jovens economistas que formularam a política econômica pinochetista) foram responsáveis pela implementação radical do modelo econômico neoliberal, orquestrado por meio de normas autoritárias produzidas pelo regime. Como exemplo, cita-se o fato de o número de empresas estatais ter sido reduzido de 300 no início do período a aproximadamente 20 ao final. Também teve êxito a política de desmobilização e de despolitização do movimento de trabalhadores, com profunda erosão do sindicalismo, circunstância que será importante para a

compreensão da falta de mobilização social verificada na transição (ANSALDI; GIORDANO, 2012, t. II, p. 440).

Talvez o maior signo de nota a respeito do caso chileno e que pertence a essa estratégia de refundar uma nova realidade sobre a qual a anterior não encontre espaço para voltar é que a redemocratização do país não levou a uma ruptura da ordem constitucional então vigente. Com efeito, foi orquestrada a partir da construção, pela própria ditadura, de um novo texto constitucional, em 1980, sob a narrativa de que seria uma Constituição transicional e que, como já dito anteriormente, conseguiu maquiar seu autoritarismo pela promoção do plebiscito que pode ser usado para divulgar o envolvimento da população e da Concertación, coligação dos partidos de oposição ao regime, numa estratégia clara de intimidação e de pseudolegitimação.

Ainda que o início de sua vigência tenha ocorrido sete anos depois do golpe de Estado, a substituição do texto constitucional era uma das principais estratégias do regime para a fundação de seu novo tempo. Com efeito, já em 24 de setembro de 1973 (13 dias após o golpe) foi criada uma comissão para elaborar um anteprojeto de Constituição (NOGUEIRA ALCALÁ, 2008, p. 327-328). O texto, aprovado por uma junta do governo, foi submetido a referendo, realizado em um clima de ausência de liberdade de expressão e tendo os votos em branco sido contabilizados a favor da aprovação do projeto. Apesar dessas circunstâncias, a oposição acabou optando pela estratégia de aguardar a realização do plebiscito de 1988, previsto na Constituição, para substituir o regime – o que de fato ocorreu (NOGUEIRA ALCALÁ, 2008, p. 330-331). Essa estratégia contribuiu, indubitavelmente, para o enraizamento dos efeitos produzidos pela Constituição de 1980 ao longo de sua vigência inicial por oito anos.

E, mesmo após o plebiscito de 1988, no qual a ditadura saiu derrotada, prevaleceu o entendimento de que, no processo de redemocratização, era necessário não haver crises políticas ou econômicas. A estratégia era evitar qualquer tipo de conflito que obstruísse uma saída das Forças Armadas em "ordem", isto é, controlada desde cima (ANSALDI; GIORDANO, 2012, t. II, p. 524). Estruturou-se então uma "democracia autoritária e protegida", pensada pelos ideólogos da ditadura e com tutela militar e pluralismo limitado (NOGUEIRA ALCALÁ, 2008, p. 327).

Permaneceram, desse modo, muitos enclaves autoritários no ordenamento jurídico chileno, o que a torna uma transição incompleta (por exemplo, Pinochet passa ocupar a função de Senador vitalício). No que diz respeito ao sistema de justiça, este se manteve excessivamente fechado em si mesmo e bastante hierarquizado, tendo o Poder Judiciário se oposto frontalmente a diversas tentativas de reformas democratizantes ao longo da década de 1990.

Dessa forma, o enfrentamento do tema da validade das normas autoritárias não teve espaço diante das restrições de acesso à jurisdição constitucional. Seu excessivo autocentramento levou à dificuldade de permeabilidade da estrutura desse poder em relação a demandas políticas típicas de períodos democráticos, por exemplo, além de facilitar a cooptação de suas cúpulas.

A reforma constitucional de 1989, consequência da derrota do regime no plebiscito de 1988, representa a transição de uma Constituição outorgada para uma Constituição pactuada (NOGUEIRA ALCALÁ, 2008, p. 332-334). Nos quinze anos seguinte, há a aprovação de uma quantidade significativa de reformas constitucionais (três entre 1990-1994, oito entre 1994-2000 e quatro entre 2000-2006), sendo a mais importante a de 2005 (NOGUEIRA ALCALÁ, 2008, p. 334-335).

Esta é tida como a reforma que enfim retira os enclaves autoritários da Constituição (NOGUEIRA ALCALÁ, 2008, p. 336-337). Dentre várias mudanças relevantes, vale destacar (1) o restabelecimento da subordinação clara das Forças Armadas ao Presidente, (2) a eliminação do papel tutelador do governo previsto para o Conselho de Segurança Nacional, (3) o fim dos senadores designados, estabelecendo-se a elegibilidade completa dos senadores, (4) a modificação profunda da composição do Tribunal Constitucional e o fortalecimento de suas competências (sobre a qual trataremos a seguir) e (5) o fortalecimento do controle parlamentar sobre o Executivo. Ricardo Lagos, então presidente, declarou na ocasião: "Agora podemos afirmar que a transição no Chile foi concluída" (ANSALDI; GIORDANO, 2012, t. II, p. 554).

Recentemente o Chile passou por uma experiência constituinte que possuía um alto potencial de finalização do processo transicional. Convocada como o resultado de uma crise política gerada pelas mobilizações populares em 2019, que reivindicavam uma clara agenda social, novamente foi possível perceber a força que ainda subjaz na sociedade chilena do projeto político instaurado pela ditadura institucional das Forças Armadas. Com efeito, o texto constitucional proposto pela Assembleia Constituinte acabou sendo rechaçado pela população, em consulta à população realizado em 04 de setembro de 2022.

5. A composição e o funcionamento das Cortes no processo transicional chileno.

É nesse contexto, de uma transição política voltada à manutenção das estruturas institucionais do regime ditatorial, que o enfrentamento do tema da validade das normas autoritárias teve pouco espaço, tendo-se particularmente em vista as restrições de acesso à jurisdição constitucional presentes na Constituição. Conforme referido, somente a partir das

reformas constitucionais de 2005 é que o Tribunal Constitucional chileno foi formalmente habilitado para atuar no enfrentamento desse legado autoritário.

Para Engelmann et. al. (2017), mostra-se necessário compreender o protagonismo político do Poder Judiciário, para além de seu desenho institucional, a partir da compreensão sociopolítica e histórica das trajetórias de legitimação das elites judiciais e do campo político. Os citados autores foram responsáveis por um estudo que efetuou uma análise estrutural das relações entre as instituições judiciais e os grupos políticos buscando discutir padrões que se apresentam recorrentemente em países latino-americanos.

Ao abordar o Chile, os autores (ENGELMANN et. al., 2017) caracterizaram seu Poder Judiciário como independente "condicionado à neutralidade política". A primeira característica destacada é que há um sistema de recrutamento por cooptação, no qual o próprio Judiciário designa o corpo de magistrados, mediante procedimentos internos. Portanto, sem a ingerência de outros poderes, o que lhe confere maior autonomia em relação aos poderes políticos. Esta forma de recrutamento tem como consequência o fechamento do poder em si mesmo. Tendo em vista que a ascensão na carreira de magistrado depende das relações estabelecidas entre os magistrados de base e seus superiores, o resultado é a excessiva hierarquização da instituição.

Durante a ditadura militar, do ponto de vista constitucional, o sistema de recrutamento manteve-se inalterado. No entanto, arbitrariedades foram empreendidas a fim de estabelecer um corpo de magistrados simpáticos ao regime como ocorreu em todas as ditaduras do continente. A diferença do caso chileno, contudo, está no fato de que a maior parte dessas iniciativas foi tomada pelo próprio Poder Judiciário (Engelmann et. al., 2017).

Frente à cooperação apresentada pela Corte, Augusto Pinochet fortaleceu as faculdades de autogestão da judicatura, asseguradas desde a Constituição de 1925, e o poder da Corte Suprema – este o tribunal de máxima hierarquia do sistema judiciário. Esses mecanismos (em especial os Decretos-leis nº 169 e 170, de 1973) permitiam que a Corte Suprema afastasse, por maioria simples, juízes dos diversos graus contrários à sua visão. Na pesquisa comparativa realizada, o Chile é o país em que o Poder Judiciário apresenta maior autonomia no processo de seleção de juízes, destacando-se o corporativismo e a capacidade unificadora da escola judicial (Engelmann et. al., 2017).

E, conforme já referido, mesmo após a redemocratização o Poder Judiciário seguiu opondo-se se frontalmente às tentativas de reformas democratizantes, barrando diversos projetos de lei que almejavam transformar não só as instituições judiciais, mas também outras instituições estatais (SKAAR, 2003). Portanto, o excessivo autocentramento leva à dificuldade

de permeabilidade da estrutura do poder em relação a demandas políticas típicas de períodos democráticos, por exemplo, além de facilitar a cooptação das cúpulas nos períodos autoritários.

Especificamente quanto ao desenvolvimento da jurisdição constitucional, é possível afirmar que houve pouco apoio dos tribunais ordinários (NOGUEIRA ALCALÁ, 2008, p. 347). A Constituição de 1980 manteve o controle judicial repressivo e interpartes como competência da Corte Suprema de Justiça (art. 80), por meio do *recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad*. A declaração não produzia força obrigatória nem efeito persuasivo em relação aos tribunais interiores. Essas características conformam um instituto jurídico débil como instrumento de dotar a Constituição de força normativa e conceder proteção efetiva aos direitos fundamentais (NOGUEIRA ALCALÁ, 2008, p. 347-348).

Humberto Nogueira Alcalá (2008, p. 350-367) destaca as principais características do Tribunal Constitucional após as mudanças promovidas pela reforma de 2005: (1) ampliação do número de membros (de 7 para 10, sendo 3 designados pelo Presidente, 2 nomeados pelo Senado e 2 propostos pela Câmara e aprovados pelo Senado, e 3 eleitos pela Corte Suprema), (2) estabelecimento de mandatos de 9 anos, renovada o Tribunal parcialmente a cada 3, (3) garantia da inamovibilidade, (4) vedação da reeleição e (5) ampliação de suas competências (que podem ser assim agrupadas: controle de constitucionalidade normativa ou orgânica, controle de constitucionalidade de conflitos de atribuições ou competências, controle de constitucionalidade através de amparo de direitos fundamentais e suas garantias, além de outras competências e competências residuais.

A reforma constitucional de 2005 concentrou o controle de constitucionalidade no Tribunal Constitucional, consistindo em uma relevante mudança no modelo de jurisdição constitucional. Contudo, ainda manteve nos tribunais ordinários a jurisdição constitucional da liberdade (ações de *amparo* e *proteção*) e pronunciamento em recurso de nulidade por vulneração de direito fundamental (NOGUEIRA ALCALÁ, 2008, p. 350).

6. O Tribunal Constitucional do Chile e a (in)aplicação da Teoria da Recepção das Normas.

A fim de verificar o modo de atuação do Tribunal Constitucional quanto à (in)aplicação da teoria da recepção das normas, foi realizada pesquisa de jurisprudência desta Corte entre 2006 e 2020, a partir de palavras-chave previamente selecionadas.[2] No total, foram encontradas

[2] Foram selecionados os seguintes termos de busca relacionados à matéria: "derogación del derecho anterior a la Constitución [que le resulta incompatible]", "[cláusula] derogatoria general", "abrogación", "examen de vigencia", "examen de validez", "examen de vigencia examen de validez", "normas preconstitucionales", "efectos ultra-

2.339 decisões. Todavia, como constituiriam objeto da pesquisa somente discussões acerca das normas produzidas durante a ditadura militar chilena (11 de setembro de 1973 a 11 de março de 1990), foi aplicado novo filtro, resultando na seleção de 297 decisões que se encaixaram nos exatos critérios de estudo.

Nestas decisões, percebe-se que grande parte das matérias em debate se encontra relacionada à atuação no domínio econômico. Neste sentido, dos 297 acórdãos analisados, mais da metade (168) versam sobre Direito Tributário, outras 43 sobre Direito Civil, 13 sobre Direito do Trabalho, 7 casos sobre mineração, 5 sobre Direito Processual Civil, 2 sobre Direito Financeiro e 1 sobre Direito Empresarial. Outras matérias de direito público, dificilmente relacionadas às restrições a direitos típicas de regimes autoritários (Direito Previdenciário, Urbanístico, Sanitário e Municipal) foram observadas em 14 casos. Casos de Direito Administrativo, afora as questões relacionadas à mineração, já numeradas, foram encontrados em 13 decisões. Classificações mistas ou diversas foram encontradas 3 vezes.

Matérias que poderiam denotar um maior acesso ao Tribunal Constitucional em temas relacionados à transição democrática, que fugissem à lógica da mobilização meramente econômica, foram encontradas em apenas 27 casos: 9 de Direito Constitucional, 6 de Direito Processual Penal, 5 de Direito Penal, 2 de Direito Penal Militar, 2 de Direito Processual Penal Militar e 1 de classificação mista ("Direito Penal/Direito Penal Militar"). Menos de 10% das decisões, portanto.

Isso, no entanto, não ocorre porque o número total de ações no país que versa sobre estas matérias seja desprezível. A título de exemplo, verifica-se que, de acordo com o Informe Anual de Estadísticas Judiciales-2020,[3] aproximadamente 40% das ações ajuizadas no Chile foram de natureza penal. As causas referentes a esta matéria que chegaram à Corte Constitucional, considerados os termos de busca utilizados, representam pouco mais de 5% do total de decisões. Isso parece reforçar a ideia de que, ao menos perante este Tribunal, o debate acerca das normas produzidas no período ditatorial ocorreu, essencialmente, no campo econômico.

Formalmente, não parece haver uma dificuldade sistêmica de acesso ao Tribunal Constitucional. Com efeito, qualquer pessoa, física ou jurídica, pode ingressar com um requerimento de inaplicabilidade visando à declaração de inconstitucionalidade de dispositivo legal. Isso poderia indicar que a apreciação amplamente majoritária de matérias econômicas

activos de las normas derogadas [pre y post constitucionales]", "conflicto normativo entre Constitución y normas preconstitucionales [que la contradicen]", "inconstitucionalidad sobrevenida" e "inconstitucionalidad superveniente".

[3] Disponível em https://www.ine.cl/docs/default-source/justicia/publicaciones-y-anuarios/difusi%C3%B3n/informe-anual-estad%C3%ADsticas-judiciales-2020.pdf?sfvrsn=4ab75334_2. Acesso em 26 jun. 2022.

ocorreria, exclusivamente, devido à falta de mobilização popular na discussão de matérias relacionadas à restrição de direitos pela ditadura de Pinochet, não tendo a estrutura social relação com os resultados obtidos. Há, entretanto, quatro situações que fornecem indicativos em contrário.

Primeira, o Tribunal Constitucional chileno passou a exercer o protagonismo no controle de constitucionalidade apenas depois da reforma constitucional de 2005 (NOGUEIRA ALCALÁ, 2008, p. 350).[4] Embora tenha sido recriado pela Constituição de 1980, exercia, basicamente, um controle de constitucionalidade preventivo, em face de projetos de lei e decretos em tramitação. O campo de atuação era, pois, restrito, não tendo meios para enfrentar, entre 1990 e 2005, o legado de normas produzidas pela ditadura pinochetista, por uma simples questão de incompatibilidade lógica. Essa característica permitia um duplo controle concentrado de constitucionalidade, com a Corte Suprema exercendo-o repressivamente, ou seja, em face de atos legislativos já vigentes (NOGUEIRA ALCALÁ, 2002).

Há de se considerar, ainda, a timidez e o conservadorismo históricos do Poder Judiciário chileno no trato dos direitos fundamentais (COUSO; HILBINK, 2010, p. 171). Nem as instâncias ordinárias, nem o Tribunal Constitucional, tinham a tendência de empreender a defesa de garantias constitucionais, deixando o tema muito mais à margem de decisões políticas do que de sua apreciação. Tal situação, somada ao caráter corporativista deste Poder, contribuiu para seu isolamento da sociedade. Embora seja possível observar uma atuação mais ativista por parte da Corte Constitucional nos últimos anos (COUSO; HILBINK, 2010, p. 199), isso dificilmente traria como consequência maior mobilização social no trato das questões transicionais, tantos anos depois do processo de reabertura democrática.

Ademais, as decisões em controle abstrato de constitucionalidade possuem efeitos *ex nunc* (atual art. 94 da Constituição). Desta forma, considerando-se que a atuação do Tribunal Constitucional no controle repressivo teve início apenas após a reforma constitucional de 2005, bem como o fato de que suas decisões não operariam efeitos retroativos, há de se entender por que não teria havido uma grande mobilização social acerca de normas restritivas de direitos produzidas pela ditadura militar chilena.

Por fim, cabe destacar, como já referido, que, se por um lado a reforma constitucional de 2005 concentrou o controle de constitucionalidade no Tribunal Constitucional, por outro

[4] "Esta nueva atribución del Tribunal Constitucional lo coloca como intérprete definitivo de la Constitución, con la consecuencia de que los jueces quedan impedidos de aplicar la norma declarada inaplicable (al menos en un determinado sentido); y en apelación o casación los jueces deberán revocar o casar la sentencia que aplicó el precepto declarado inaplicable" (SILVA IRARRÁZAVAL, 2012, p. 583).

ainda manteve nas instâncias ordinárias a jurisdição constitucional da liberdade (ações de amparo e de proteção) e o pronunciamento em recurso de nulidade por vulneração de direito fundamental (NOGUEIRA ALCALÁ, 2008, p. 350). Assim, discussões operadas em matérias não econômicas podem ter ficado limitadas aos tribunais ordinários.

Em relação à hipótese apresentada, verificou-se que ela teve comprovação parcial. Isso porque, ao contrário do que se pensou, o Tribunal Constitucional chileno parece aplicar de modo uniforme a teoria da recepção das normas. A posição do órgão não necessariamente varia a depender da matéria, mas sim do momento em que a decisão com efeito *erga omnes* é tomada.

O caso paradigmático desta questão refere-se a uma série de julgamentos sobre o art. 116 do Código Tributário. O artigo previa a delegação a servidores administrativos da atribuição para conhecer e resolver reclamações e denúncias relacionadas às competências do Tribunal Tributario y Aduanero.[5] Das decisões do Tribunal Constitucional que atendem aos critérios da pesquisa, 134 (45,12%) versam sobre este caso.

Em 26 de março de 2007, no Rol nº 681-2006, a Corte, de ofício, entendeu que a norma seria, de fato, inconstitucional, atribuindo à sua decisão efeitos *erga omnes,* embora lhe tenha concedido eficácia apenas *ex nunc*, ou seja, não retroativa. Foram beneficiados com decisões de efeitos retroativos apenas contribuintes que haviam ingressado com ação de semelhante anteriormente a esta declaração de inconstitucionalidade. O Tribunal entendeu, a partir daquele momento, não mais lhe caberia proferir qualquer decisão acerca da matéria, justamente porque o artigo já teria sido declarado inconstitucional em acórdão de efeito *erga omnes.* Em sua visão, a eficácia derrogatória da decisão impediria que novos requerimentos de inaplicabilidade fossem conhecidos, uma vez que não mais existia norma a ser declarada como inexequível. Isso a despeito de o artigo ainda produzir efeitos contra outros contribuintes, em relação ao período anterior ao da decisão de inconstitucionalidade.

Isso fez com que, na prática, fossem criadas duas categorias distintas de jurisdicionados: (a) aquela a quem o art. 116 do Código Tributário não poderia ser aplicado mesmo antes de 26 de março de 2007;[6] e (b) aquela a quem a norma seguiria com a sua aplicação regular até a decisão de rechaço. Assim, o que se verifica é que, a despeito da coerência do tribunal quanto à declaração de inconstitucionalidade da norma, o discrímen ocorre a partir do momento em que as decisões são tomadas, criando injustificável diferenciação entre jurisdicionados em

[5] "Art. 116. El Director podrá autorizar a los funcionarios del Servicio para conocer y falar reclamaciones y denuncias obrando 'por orden del Director Regional'."

[6] O pronunciamento de inconstitucionalidade de ofício, pelo Tribunal Constitucional, de efeito *erga omnes*, pressupõe a existência de decisões anteriores em controle concreto (art. 93, 7º, da *Constitución Política de la República*).

idêntica condição. Em última instância, disso decorre que a própria força normativa da Constituição (HESSE, 1991) acaba fragilizada.

Uma última questão de relevância ao estudo do (não) enfrentamento do legado autoritário pelas Cortes diz respeito aos mecanismos de procrastinação para a retirada, do ordenamento jurídico, das normas produzidas naquele período. No caso chileno, os indícios são de que este mecanismo estaria relacionado à própria possibilidade de o Tribunal Constitucional agir de ofício na retirada da norma do sistema, se já houver decisão, em controle concreto, pela sua inconstitucionalidade (como ocorreu com o citado art. 116 do Código Tributário).

Ocorre que este expediente nem sempre é adotado e, mesmo nas hipóteses em que o seja, pode representar, pela ausência efeitos retroativos, a extensão do legado autoritário para fatos anteriores à tomada da decisão. Trata-se, ao fim e ao cabo, de uma decisão política da Corte: quanto mais ela demorar para decidir, mais os efeitos das normas produzidas no período autoritário serão prolongados no tempo.

7. Considerações finais.

A abordagem metodológica adotada permite explicar os resultados – ainda que parciais – obtidos. Verificou-se, em primeiro lugar, que a excessiva hierarquização do Poder Judiciário chileno, somada ao seu autocentramento e ao corporativismo por ele adotado, levou-o a isolar-se da sociedade e de suas demandas. Referidos aspectos levam à dificuldade de permeabilidade da sua estrutura quanto a demandas políticas típicas de períodos democráticos e facilitam a cooptação das cúpulas nos períodos autoritários.

Assim, as próprias cortes chilenas, historicamente alheias a qualquer forma de mobilização popular, desenvolveram formas arbitrárias de garantir a criação de um corpo de magistrados simpáticos à ditadura, fortalecendo, com isso, a narrativa de legitimidade do regime e garantindo a manutenção de dinâmicas institucionais próprias do regime ditatorial. No processo de redemocratização não foi diferente, com este poder se opondo se às tentativas de reformas democratizantes que visavam à transformação tanto das instituições judiciais quanto de outros órgãos e entidades do Estado.

O que se vê, portanto, é que o conservadorismo judicial no trato dos direitos fundamentais constituiu uma regularidade histórica, e não um traço peculiar surgido no bojo do processo de transição democrática. Igualmente, o modo de atuação do Judiciário chileno ao longo do período de exceção ajuda a explicar a forma de comportamento adotado pelo Tribunal Constitucional no tipo de enfrentamento ao legado autoritário que foi por ele concretizado. Ou seja, os traços conservadores do referido poder ajudam a compreender, por um lado, por que

ele serviu como elemento de estabilidade para a ditadura pinochetista e, por outro, por que o enfrentamento ao legado autoritário feito pela Corte Constitucional ficou majoritariamente adstrito às matérias do campo econômico. Por fim, as características apontadas também ajudam a entender a ausência de mobilização social em temas jurídicos que escapassem ao domínio do poder econômico – um exemplo paradigmático de relação entre a estruturação do poder e a ação humana.

Outra conclusão relevante que articula os resultados obtidos com o contexto histórico e a metodologia da sociologia histórica refere-se ao caso do art. 116 do Código Tributário chileno. Ainda que, pelo histórico comportamento adotado pelo Judiciário, o enfrentamento do legado autoritário, em sua maioria, tenha sido limitado a causas vinculadas ao domínio do poder econômico, mesmo nestas situações o Tribunal Constitucional pode agir de maneira inconsistente – não na aplicação da teoria da recepção das normas, mas em relação ao momento em que profere a decisão. Isso, como visto, cria uma distinção entre jurisdicionados e, também, na produção de efeitos das normas aprovadas na ditadura. Vê-se que o "quando" da ação judicial afeta diretamente o "como" a solução foi adotada.

Referências.

ANSALDI, Waldo; GIORDANO, Veronica. *América Latina*: la construcción del 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.

COUSO, Javier; HILBINK, Lisa. Del quietismo al activismo incipiente: las raíces institucionales e ideológicas de la defensa de los derechos en Chile. *In* HELMKE, Gretchen; FIGUEROA, Julio Ríos (orgs.). *Tribunales Constitucionales en América Latina*. México: Poder Judicial de la Federación, 2010, p. 169-218.

ENGELMANN, Fabiano; BANDEIRA, Júlia. Judiciário e política na América Latina: elementos para uma análise histórico-política de Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Venezuela. In: ENGELMANN, Fabiano. *Sociologia política das instituições judiciais*. Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, 2017.

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.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Las competencias de los Tribunales Constitucionales de América del Sur. *Ius et Praxis*, v. 8, n. 2, p. 71-92, 2002.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. La evolución político-constitucional de Chile 1976-2005. *Revista Estudios Constitucionales*, Santiago, Chile, año 6, n. 2, p. 325-370, 2008.

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.

SILVA IRARRÁZAVAL, Luis Alejandro. ¿Es el Tribunal Constitucional el supremo intérprete de la Constitución? *Revista de derecho (Valparaíso)*, n. 38, p. 573-616, 2012.

SKAAR, E. Un Análisis de las Reformas Judiciales de Argentina, Chile y Uruguay. *América Latina Hoy*, n. 34, p. 147-186, 2003.

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.

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

VÉLIZ, Claudio. *La tradición centralista de América Latina*. Barcelona: Ariel, 1984