

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p411-442>

## O TRATAMENTO DE NORMAS PRÉ-CONSTITUCIONAIS PELA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

## THE TREATMENT OF PRE-CONSTITUTIONAL NORMS BY THE COLOMBIAN CONSTITUTIONAL COURT

RVD

Recebido em

04.04.2023

Aprovado em.

01.09.2023

Elisa Piva Corrêa<sup>1</sup>Mateus Cavalcante de França<sup>2</sup>Heloísa Clara Araújo Rocha Gonçalves<sup>3</sup>

### RESUMO

O início de uma nova ordem constitucional é normalmente compreendido como a reestruturação de um ordenamento jurídico e como um processo jurídico transicional. No entanto, isso implica, também, em eventuais problemas a serem resolvidos, sobretudo no que diz respeito à vigência de normas sancionadas antes da nova constituição. Este trabalho investiga essa problemática no contexto colombiano, a partir da pergunta: como a Corte Constitucional da Colômbia trata normas pré-constitucionais? Para isso, foram analisadas quatro sentenças publicadas por essa corte entre os anos de 1992 e 2016, com o objetivo de compreender posturas dos magistrados da instituição sobre normas que antecederam a Constituição Política de 1991. A análise documental foi feita a partir de aportes teóricos da sociologia histórica. Os resultados indicam um comportamento substancialmente contingente da Corte Constitucional colombiana diante de normas pré-constitucionais, que pode ser explicado pela alteração periódica da composição da corte e por decisões dos juízes pontuais a determinados casos, de modo a gerar um tratamento geral pouco coeso a essas normas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Colômbia; Corte Constitucional; Justiça de transição; Normas pré-constitucionais; Sociologia histórica.

<sup>1</sup> Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (PPGDir-UFRGS) e bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Pesquisadora do Centro para Direito, Globalização e Desenvolvimento (CDGD-UFRGS), vinculado ao Conselho Nacional de Pesquisa (CNPq). E-mail: elisapivacorrea@gmail.com. ORCID: 0009-0004-0521-2675.

<sup>2</sup> Doutorando e mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (PPGDir-UFRGS) e bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Pesquisador do Grupo de Pesquisa Direito e Sociedade (GPDS-UFRGS), vinculado ao Laboratório de Pesquisa Empírica em Direito (LAPED) do PPGDir-UFRGS. E-mail: mateusfranca96@gmail.com. ORCID: 0000-0002-0571-944X.

<sup>3</sup> Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (PPGDir-UFRGS). Mestre em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas e bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Constitucionalismo na América Latina, vinculado ao Laboratório de Pesquisa Empírica em Direito (LAPED) do PPGDir-UFRGS. E-mail: clarahelow@gmail.com. ORCID: 0009-0003-1291-685X.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p411-442>

## ABSTRACT

The beginning of a new constitutional order is normally understood as the restructuring of a legal system and as a legal transitional process. However, it also implicates in eventual problems to be solved, mainly in which concerns the duration of norms sanctioned before the new constitution. This paper investigates this issue in the Colombian context, departing from the question: how does the Constitutional Court of Colombia treat pre-constitutional norms? To do so, four sentences published between 1992 and 2016 were analyzed, with the intention to understand positions of the justices on norms that came prior to the Political Constitution of 1991. The documental analysis was made from theoretical contributions from historical sociology. The results indicate a substantially contingent behavior of the Colombian Constitutional Court regarding pre-constitucional norms, which can be explained by the periodic change of the court's composition and by justice's decisions specific to determined cases, generating a poorly cohesive general treatment to such norms.

**KEYWORDS:** Colombia; Constitutional Court; Transitional justice; Pre-constitutional norms; Historical sociology.

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Política de 1991 representou o marco da transição da Colômbia, bem como da América Latina, para o restabelecimento do constitucionalismo moderno. A constituição chega após um período de crises institucionais e autoritarismo, marcada inicialmente pelo auto golpe de Estado do Presidente conservador Mariano Ospina Pérez em 1949 e o estabelecimento de um projeto anticonstitucional (Marquadt, 2011). Juntamente com sua aprovação, a Corte Constitucional é estabelecida, como parte de um novo regime de justiça constitucional, para cumprir a função de um órgão de controle concentrado e para apreciar as ações de tutela, instrumento processual destinado à proteção dos direitos fundamentais (Gutierrez, 2008).

Com este artigo, pretendemos investigar como a Corte Constitucional colombiana proferiu suas decisões no controle de constitucionalidade ao longo de suas três décadas de existência, especificamente como seus magistrados percebem o funcionamento de normas pré-constitucionais. Dessa forma, nosso objetivo é compreender como as decisões da Corte Constitucional refletem o momento de transição do Estado Colombiano, do autoritarismo e democracia ficta para o

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p411-442>

constitucionalismo moderno. Identificar as principais características e peculiaridades do caso colombiano dentro da área de justiça de transição.

Com base nas discussões provocadas nas atividades da disciplina “Fundamentos do constitucionalismo latino-americano: cortes, legalidade autoritária e teoria da recepção das normas”, ministrada pelos professores Roberta Camineiro Baggio e Rodrigo Luz Peixoto no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, avaliamos quatro sentenças da Corte Constitucional acerca de normas pré-constitucionais datadas do período autoritário, decisões estas proferidas durante diferentes momentos do país, que nos auxiliam a visualizar uma linha do tempo da atuação da Corte: os casos C-434 de 1992, a C-177 de 1994, a C-571 de 2004 e a C-568 de 2016, desenvolvendo uma análise documental e jurisprudencial, se apoiando nas estratégias de abordagens do campo da sociologia histórica.

A estrutura geral do trabalho é composta pela contextualização histórica do período autoritário colombiano e do funcionamento da Corte Constitucional, apresentação e comentários sobre as sentenças selecionadas, com destaque ao tema da ultratividade de efeitos de uma norma revogada, bem como nossas considerações finais sobre o que poderia influenciar a o perfil atuação da Corte.

## 2 DESENHO TEÓRICO-METODOLÓGICO

Considerando que o presente artigo tem como objetivo compreender elementos referentes ao processo da transição na Colômbia representado pela Constituição Política de 1991, mostra-se necessário realizar alguns delineamentos de caráter teórico e metodológico. Esta seção destina-se a fazer apontamentos sobre as fontes de dados primários escolhidas e sobre os aportes teóricos utilizados para analisá-las.

O processo de transição entre ordens jurídicas pode ter reflexos em diferentes aspectos da realidade, como articulações do campo político, o funcionamento de instituições jurídicas, a emergência de manifestações culturais e mesmo elementos mais cotidianos como o nome de ruas (DIAS, 2007; TORRES, 2020), processos em que

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p411-442>

podem ser observadas rupturas e continuidades. Neste trabalho, cujo recorte empírico concentra-se nas atividades da Corte Constitucional da Colômbia, foram adotadas como fontes de dados quatro sentenças proferidas pela instituição que analisam normas pré-constitucionais: a C-434 de 1992, a C-177 de 1994, a C-571 de 2004 e a C-568 de 2016.

Os casos foram escolhidos no contexto da disciplina “Fundamentos do constitucionalismo latino-americano: cortes, legalidade autoritária e teoria da recepção das normas”, ministrada pelos professores Roberta Camineiro Baggio e Rodrigo Luz Peixoto no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. A disciplina voltou-se a compreender permanências e rupturas em decisões de cortes constitucionais de países latino-americanos que passaram por transições após períodos de legalidade autoritária. Nesse sentido, as quatro sentenças foram analisadas como fontes documentais (cf. REGINATO, 2017), buscando-se evidências expressas no texto escrito em percepções, posturas, narrativas ou discursos que indiquem como se deu, no contexto da Corte Constitucional colombiana, esse processo transitório.

A análise de sentenças da Corte Constitucional da Colômbia como fonte de evidências empíricas envolve compreendê-las como reflexo de práticas jurídicas que estão, também, em diálogo com a realidade social pela qual elas são envolvidas, ao contrário de percepções dogmáticas que podem tender à compreensão de uma sentença como texto normativo que basta em si mesmo (cf. Konzen; Bordini, 2019; Baggio; Berni, 2022, p. 12). Estudar esses documentos considerando o contexto de transição entre legalidades em um país, envolve, portanto, perceber como as sentenças se referem ao período pré-constitucional, e que continuidades ou rupturas podem ser apreendidas pelas decisões tomadas. Baggio e Berni (2022) propõem a sociologia histórica como marco teórico relevante para compreender processos transicionais na América Latina.

Skocpol (1984) aponta como três estratégias centrais da sociologia histórica, o que permite compreender as principais características dessa agenda de investigações: a) a comparação entre processos históricos - inclusive de diferentes contextos

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p411-442>

territoriais - para a formulação de categorias teóricas válidas para os casos estudados; b) o uso de conceitos de matriz sociológica para a compreensão de processos históricos, compreendendo, por exemplo, a relação entre o comportamento de agentes e aspectos culturais do período em que eles viveram - o que é diferente, por exemplo, da história social, que busca caracterizar processos de longa duração a partir de categorias gerais (cf. Skocpol, 1987); c) a compreensão de processos históricos relevantes a partir da observação de regularidades em relações de causa e consequência. Sobre a contribuição da sociologia histórica para os estudos em direito constitucional, Baggio e Berni (2022, p. 12) argumentam:

Não se quer, por exemplo, abandonar as análises sobre hermenêutica ou as relações entre norma e efetivação do texto constitucional ou, ainda, o funcionamento da jurisdição constitucional, para pensar em abordagens muito difundidas nas últimas décadas. O que se quer é tentar fazê-las considerando o quadro histórico de transformações dos Estados latino-americanos com todas as suas regularidades e persistências para tentar problematizar o campo jurídico-constitucional de forma diferenciada e direcionada à compreensão das razões concretas que explicam os processos históricos e, conseqüentemente, os constituintes.

Efetivamente, diferentes investigações demonstraram potencialidades de um estudo sociojurídico do constitucionalismo no contexto latino-americano a partir de aportes da sociologia histórica. Ansaldi (2016) descreve elementos autoritários e antidemocráticos na formação da matriz institucional de diversos países da América Latina em uma longa duração. Peixoto (2022), analisando a história do Brasil desde o século XIX, analisa continuidades autoritárias no que diz respeito à violência praticada por agentes do Estado sob diferentes ordens constitucionais. Martins (2022) investigou desigualdades raciais na questão fundiária brasileira, percebendo continuidades e rupturas na trajetória entre a Lei de Terras de 1850, o Estatuto da Terra de 1964 e a Constituição Federal de 1988.

A partir de uma estratégia comparativa, Giordano (2012) investigou o reconhecimento de direitos civis de mulheres na Argentina, no Brasil, no Chile e no Uruguai no decorrer do século XX. Também em uma perspectiva comparativa, Ertel

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p411-442>

(2022) analisou a incorporação de tratados de direitos humanos nas atuais ordens constitucionais brasileira e argentina. Esses exemplos, embora não exaustivos, ilustram a amplitude analítica que pode ter uma agenda de pesquisas sobre o constitucionalismo latino-americano a partir da sociologia histórica.

Este trabalho busca partir de aportes da sociologia histórica, sobretudo no que diz respeito à segunda estratégia mencionada por Skocpol (1984), compreendendo a percepção de agentes da Corte Constitucional colombiana sobre normas pré-constitucionais e sobre o processo transicional representado pela Constituição Política de 1991. Naturalmente, a análise aqui proposta tem limitações, como o fato de não se debruçar sobre a história jurídica colombiana em uma longa duração, bem como as limitações impostas pela seleção de quatro casos. Desse modo, não se parte de uma pretensão de desenvolver um estudo completo à luz da sociologia histórica, mas de considerar aportes desse campo de investigações para propor provocações à análise do comportamento de cortes constitucionais em processos transicionais a partir do caso da Colômbia.

## 2.1 Análise das sentenças da corte Constitucional Colombiana

O'donnell e Schmitter (1988) lecionam que com o fim de um período de exceção e para a instauração de um novo regime político ocorrem as transições políticas, nas quais pode haver uma justiça de transição ou não. De acordo com essa doutrina, justiça de transição pode ser conceituada como conjunto de mecanismos jurídicos e políticos nos cenários de mudança política, e que possuem como finalidade enfrentar as violações de direitos humanos executadas no âmbito de períodos de exceção.

Os referidos autores explicam que as transições que saem de regimes autoritários trilham em direção de outra coisa de natureza incerta. Porém, na América Latina destacam-se as transições políticas de ditaduras militares para democracias, sendo as transições políticas realizadas por meio de justiças de transição. Nesse sentido, explanam que durante o período do transcurso de uma transição, as regras não são bem definidas, estando elas em constante mudança e submetidas a

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p411-442>

contestações. Nessa perspectiva, Filho e Castro (2014) asseveram que no combate a um legado autoritário não existe um caminho “certo” ou “errado”, uma vez que cada Estado tem suas peculiaridades que obrigatoriamente resultarão em um posicionamento próprio perante a necessidade de se eleger os meios que serão usados para enfrentar o legado autoritário.

Por conseguinte, Baggio (2014) elucida que as transições de ditaduras para democracia na América Latina foram marcadas, sob a ótica jurídica, por um processo de reconstitucionalização, que envolve a restauração dos textos constitucionais anteriores com reformas sofridas a *posteriori*, bem como o advento de novas constituições. Examina-se que na Colômbia, após anos de ditadura e de democracia ficta, houve a promulgação de uma nova Constituição. Nesse cenário, é importante observar os ensinamentos de Baggio (2014) que ressaltam que a simples implementação de novos textos constitucionais não tem o condão de instituir causas imediatas de garantias de direitos ou medidas automáticas de produção de efeitos normativos, sobretudo, na reassunção das bases do Estado Constitucional de Direito.

Averigua-se que a Corte Constitucional, que foi instalada no dia 17 de fevereiro de 1992, é composta por nove magistrados, nomeados pelo Senado da República por mandatos individuais de oito anos a partir de listas restritas enviadas pelo Presidente da República, pelo Supremo Tribunal de Justiça e pelo Conselho de Estado.

Nesta seção, são expostas considerações sobre as circunstâncias históricas que permitiram que a Colômbia instaurasse uma nova Corte, bem como os relatos das quatro sentenças da Corte Constitucional da Colômbia analisadas neste trabalho. Cada subseção contém a descrição do conteúdo de cada sentença, seguido por uma breve discussão sobre seu significado no contexto da transição jurídica colombiana após a Constituição Política de 1991.

## 2.2 Contextualização histórica

A experiência latino-americana na transição de experiências autoritárias para a democratização certamente não pode ser considerada homogênea, mas é possível

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p411-442>

identificar elementos comuns, ainda que mutáveis, entre diferentes países. Um deles é a presença do pacto das elites nacionais para possibilitar uma transição, bem como a utilização da justiça retributiva como estratégia para redefinir e cristalizar a memória histórica de uma sociedade (Lixinski, 2017). Com a Constituição de 1991, novas instituições de direitos civis e direito processual foram introduzidas, com um amplo leque de atores legitimados ao processo social e político, bem como uma verdadeira reestruturação dos órgãos e controles do poder e da organização territorial. Um exemplo foi a delimitação e controle do novo sistema de Estado de Exceção ou Emergência, reflexo de mais de quarenta anos de decretos presidenciais e um conjunto de legislações extraordinárias promulgadas pelo Congresso no período de Estado de Sítio (Gutierrez, 2008).

A ação pública de inconstitucionalidade, garantida pelo artigo 242 da Constituição de 1991, já existia desde as reformas constitucionais de 1910 como garantia de participação política no controle abstrato de normas já promulgadas no ordenamento jurídico, e marcada pela ausência de rigor formal na sua composição. González (2010) recorda que a Colômbia já realizava o controle de constitucionalidade abstrato uma década antes da publicação da teoria do legislador negativo de Kelsen. O Norte Global parece ser muito mais hesitante em permitir o acesso popular a demandas constitucionais do que a América Latina. Alguns autores argumentam que até mesmo o texto constitucional de Cundinamarca, de 1811, permitia a qualquer cidadão o uso da denominada *ação popular*. Tanto a Constituição de 1853 quanto a Constituição dos Estados Unidos da Colômbia de 1863 previam ações de suspensão e anulação de normas, a serem julgadas por suas Cortes Supremas estabelecidas.

Altamente inspirada por correntes francesas liberais, a Constituição de 1886 limitou a iniciativa da ação pública de constitucionalidade para ser viável apenas através de petição presidencial. Com o posterior aval da própria Corte Suprema, a Lei 153 de 1887 determinou a supremacia das leis ordinárias sobre o texto constitucional. A nova posição hierárquica inferior da Constituição de 1886 seguiria nos anos da primeira ditadura militar de Rafael Reyes e a imposição de Estado de Exceção. Nas décadas a vir, no governo autoritário de Gustavo Rojas Pinilla, a censura, perseguição política de

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p411-442>

opositores, em especial aos movimentos comunistas, e a violência eleitoral se consolidaram como parte da realidade sócio-política colombiana. As milícias financiadas pelas elites civis, especialmente grandes empresários do setor agrário, se consolidaram no centro da organização dos partidos Liberal e Conservador, que retomaram o poder dos militares com a articulação do novo sistema unipartidário da Frente Nacional. Nota-se nesse cenário uma pretensão de estado democrático, uma democracia ficta, que carrega o trauma de uma sequência de violações de direitos autorizadas pelo sistema institucional, tão típica das experiências autoritárias na América Latina (Ansaldi, 2016).

O sistema bipartidário retornaria na década de 1970, com as mesmas famílias de influência no poder e com um novo ator em cena: o narcotráfico. A governabilidade nacional era marcada pelo bipartidarismo controlado por ex-presidentes e suas casas de influência. Movimentos políticos organizados fora desse sistema binário eram no máximo “partidos políticos de garagem”. Gutierrez (2008) aponta que os cargos de Senadores e Representantes da Câmara eram dominados por famílias de influência que fizeram da política regional seu palco de assuntos patrimoniais, se utilizando das chamadas *operaciones avispa*, técnica utilizada pelos partidos para obter o maior número de cargos possível dentro do sistema colegiado eleitoral colombiano.

Numa nação tão controlada pelas dinâmicas das organizações paramilitares, a necessidade de financiamento para mantê-las armadas, adicionada à crescente demanda de substâncias entorpecentes como a cocaína, em especial nos Estados Unidos, formou o cenário ideal para o crescimento de um novo ramo do crime organizado que impactou a economia colombiana e levou o país a experimentar um novo nível de violência. Entre as décadas de 1970 e 1990, os maiores produtores de drogas organizados em *cartéis* se articulam em alianças com guerrilhas e grupos paramilitares capazes de competir com a autoridade do Estado e dominar territórios expressivos do país. Tamanho poder e controle territorial contribuíram para a caracterização deste período como uma anomia jurídica (Gutierrez, 2008).

Talvez um dos exemplos mais simbólicos e relevantes tenha sido o episódio do Cerco ao Palácio de Justiça de novembro de 1985, ocupado pela guerrilha M-19 e que resultou em mais de 100 mortos e uma dezena de desaparecidos. Entre as vítimas,

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p411-442>

estavam magistrados da Suprema Corte, funcionários, civis e membros do M-19 (COLÔMBIA, 2015). Esse episódio de violência e terror sem precedentes foi resultado não somente de uma ação violenta de guerrilheiros, mas também da negligência das forças de segurança e inteligência do Estado em prevenir o ataque, bem como o subsequente tratamento inadequado das vítimas e instâncias de desaparecimento forçado e prática de tortura. Os eventos do massacre no Palácio de Justiça levaram à condenação do Estado da Colômbia a reparações pela violação da obrigação de garantir a segurança e socorro das vítimas, pelos casos de desaparecimento forçado e tortura dos detidos (CIDH, 2014).

A breve retomada histórica acima explica um pouco do significado que uma nova Constituição, preocupada em mecanismos de participação popular e controle dos poderes presidenciais, cujo poder constituinte originário foi o próprio povo colombiano, organizado num movimento da sociedade civil e legitimado pela Suprema Corte, com a participação de múltiplos partidos, teve para a sobrevivência da democracia no país. Certamente, não devemos considerar que a adoção de um texto constitucional mais inclusivo e alinhado aos valores reconhecidos no panorama interamericano de direitos humanos como a solução de todos os problemas no país: o conflito armado envolvendo o Estado e grupos guerrilheiros seguiu ao longo da década de 1990 e anos 2000; o poder político colombiano seguiu concentrado nas mesmas famílias; os valores das elites políticas seguem conservadores; mesmo os direitos humanos passaram por uma espécie de comodificação, no sentido do seu preço ser a não-garantia de segurança democrática no contínuo combate de inimigos internos (Pardo, 2020). Com efeito, as tensões políticas não desapareceram, sendo a Colômbia um exemplo de país que seguiu passando por crises políticas, um complexo processo de pacificação, criando um caminho tumultuoso para uma interpretação da constituição que seja consistente e não provoque mais rupturas indesejadas na sociedade (Lixinski, 2017).

Gonzalez (2010) ressalta que, durante os primeiros anos de funcionamento da Corte Constitucional e ao longo de sua história recente, os magistrados determinaram certos critérios para a apreciação prévia das ações públicas de inconstitucionalidade, como clareza e certeza da demanda, especificidade, pertinência, e argumentação

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p411-442>

suficientemente persuasiva. Apesar do retorno do declarado caráter popular da ação de inconstitucionalidade, o número de sentenças inibitórias produzidas pela Corte em resposta ainda é considerável. A autora Maria Alejandra Bernal Borrero (2006), questiona o quanto os requisitos legais para Corte apreciar uma demanda desse tipo acabam por reduzir o caráter público da ação. Utilizando como exemplo a sentença C-1299 de 2005, que trata da descriminalização do aborto, demanda recorrente cujas decisões da Corte são evasivas e se recusaram a apreciar a matéria por muitos anos<sup>4</sup>. Entre os motivos mais frequentes para a emissão de sentenças inibitórias, está a ausência de matéria. Borrero argumenta que a Corte Constitucional usa artifícios processuais para evitar assuntos polêmicos, de grande relevância política com repercussão nacional. Na verdade, o exame das demandas deveriam ser mais dinâmicos e priorizar a apreciação dos direitos materiais, não formais, assinalando especificamente a necessidade de realizar audiências públicas para processos de grande magnitude.

### 2.3 Sentença C-434 de 1992

A sentença em análise (Colômbia, 1992) foi dada no âmbito da Ação Pública de Inconstitucionalidade intentada pelo cidadão Raimundo Mendoza Arouni, que teve como magistrado responsável Fabio Morón Díaz, e foi proferida em Bogotá, no dia 25 de junho de 1992. O Autor da ação requereu a declaração de inconstitucionalidade de todo o texto do inciso 1 do artigo 2 da Lei 60 de 1990, bem como, conseqüentemente, a inconstitucionalidade de todo o texto do Decreto 1.660 de 1991, visto que este regulamenta aquele.

Examina-se que a lei em foco foi de autoria do Poder Executivo Federal, e que o inciso 1 de seu artigo 2 dispõe condições de aposentadoria dos funcionários públicos,

---

<sup>4</sup> Conforme reportado pela BBC (2022), em fevereiro de 2022, a Corte Constitucional finalmente decidiu apreciar uma dessas demandas e decidiu pela descriminalização do aborto até a 24ª semana de gestação, sentenciando o Poder Público e o Congresso a desenvolverem uma política pública urgente para regulamentação do aborto.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p411-442>

prevendo que podem ser estabelecidos regimes especiais de aposentação do serviço por meio de compensação pecuniária, a exemplo de ausência com compensação e aposentadoria voluntária por meio de bônus.

Desta feita, o autor da ação alega que o objeto regulado pelas normas arguidas é o direito laboral e sobretudo a questão da estabilidade no emprego, adquirida pelos servidores do Estado ao longo do tempo de serviço. Nesse sentido, adverte que tanto a Constituição de 1886 quanto o texto da nova Carta Constitucional de 1991 coincidem em prescrever que o trabalho goze de proteção especial do Estado. Assim, considera que no Estado Democrático de Direito a função de legislar compete ordinariamente ao Congresso e só excepcionalmente, por motivos de urgência ou necessidade, pode o Congresso delegar essa função ao Executivo e, desde que o faça com absoluta precisão e temporariamente. Por conseguinte, em sua opinião, a lei n.º 60/90 viola os requisitos constitucionais que garantem os direitos democráticos dos cidadãos e a proteção especial ao trabalho, visto foi enviado um cheque em branco ao Executivo Nacional, para que a seu critério, sem qualquer limite ou condição, fixar a forma, as hipóteses e o valor das indenizações ou gratificações para produzir insubsistência sem justa causa, o que é vedado pelas normas fundamentais violadas, quais sejam: os artigos 2.º, 55.º, 17.º e 76.º n.ºs. 9º e 12º da Carta Constitucional de 1886, e os artigos 1º, 3º, 4º, 25º, 53º, 113º, 114º e 115º nº 7 da Constituição Política de 1991 (artigos que estão previstos nos direitos fundamentais, direitos sociais e na organização do Estado). Como já referido, qualquer cidadão pode intervir nas ações de inconstitucionalidade.

No caso em tela, representantes do Ministérios do Trabalho e Previdência Social, Fazenda e Crédito Público e o Diretor do Departamento do Serviço Administrativo Civil intervieram e solicitaram à Corte que declare a constitucionalidade das normas acusadas com base no seguinte raciocínio. Argumentaram que o exame da Corte sobre as normas acusadas deve ser frente aos dispositivos constitucionais vigentes à época do julgamento da constitucionalidade, e não contra os revogados; portanto, deve-se analisar apenas a conformidade com a Carta de 1991 e não com a de 1886.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p411-442>

Na sequência, aduzem que a norma em questão formulação atenderia exatamente aos requisitos constitucionais de precisão e determinação da matéria objeto dos poderes e circunscreveu o desenvolvimento dos poderes conferidos, mencionando os tipos específicos de fundamentos de desistência que poderiam ser estabelecidos em termos semânticos e jurídicos claros. Por fim, a constitucionalidade do art. 2 da Lei 60/90 afasta a inconstitucionalidade do Decreto 1.660 de 1990,

Seguindo a disposição do art. 242 da Constituição, o Procurador da Nação interveio e asseverou que a lei acusada não padece do suposto vício de inconstitucionalidade, pois respeitou os requisitos formais, as leis dos poderes extraordinários, como a precisão e a temporalidade, bem como indica os limites materiais das autorizações conferidas e, além disso, aponta claramente exigências muito específicas e detalhadas ao Executivo quanto ao conteúdo da os decretos que ele poderia emitir em seu exercício. No tocante ao Decreto nº 1.660/1991, o Procurador sustentou que há vício de inconstitucionalidade ao não indicar as hipóteses e requisitos em que se verificariam os chamados planos de aposentadoria coletiva remunerada, e para os quais havia sido precisamente habilitado o executivo.

Ao analisar a ação, a Corte afirmou que que o ato arguido respeitou os requisitos formais, especialmente os previstos no artigo 76.º, n.º 12, da Constituição de 1886, para as leis dos poderes extraordinários, como a precisão e a temporalidade, e atualmente estão a par de outros novos requisitos, no artigo 150.º n.º 10 da Carta de 1991. Logo, não há desrespeito ao Direito Constitucional ao Trabalho, nem deixa de ser prestada a proteção especial que o Estado lhe deve. No tocante à extensão feita pelo Procurador, a Corte compreendeu que estender a outros aspectos o exame da constitucionalidade de uma norma em relação à qual se predica apenas aquela cobrança sui generis, como propõe o Ministério Público, é abrir as portas da ação pública a formulações estrangeiras a seu caráter e contradizer seus propósitos. Por fim, tendo determinado que o dispositivo acusado da Lei 60 de 1990 não é inconstitucional, conclui-se que não há razão para declarar a consequente inconstitucionalidade do Decreto 1.660 de 1991.

A presente sentença tem uma grande importância por ter sido uma das primeiras decretadas pela Corte Constitucional. Assim, ela traz em seu bojo disposições sobre a

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p411-442>

competência da Corte Constitucional, assim como foi utilizada como fundamento para outras sentenças, a exemplo da C-571 de 2004.

Na ocasião, a Corte asseverou que a disposição constitucional não faz distinção entre leis anteriores e leis posteriores à nova Carta e, portanto, em princípio, a competência é plena neste domínio. Dessarte, o correto é partir do princípio que admite que em casos de evidente e notória contradição entre o texto da nova Carta e a lei anterior a ela cabe ao Tribunal julgar, ao invés de se inibir, até mesmo por várias razões relacionadas à segurança jurídica. Nessa discussão, a Corte Constitucional colombiana parece inserir o apontamento de que uma norma, mesmo que formalmente derogada, poderia ainda estar produzindo efeitos, devendo-se analisar sua vigência. O caso trata-se de um exame que se assume em duas vertentes e que logicamente deve ser avançado perante o fenômeno da transição das normas constitucionais.

#### 2.4 Sentença C-177 de 1994

O segundo caso selecionado (Colômbia, 1994) versa sobre um pedido de declaração de inconstitucionalidade de determinados artigos da Lei 45 de 1936, que tratavam de partilha de herança no processo sucessório. A autoria é de León Darío Puerta Amaya, e o magistrado relator foi Carlos Gaviria Díaz. A decisão da Sala Plena da Corte Constitucional, proferida em 12 de abril de 1994, foi de uma sentença inibitória por ausência de matéria.

O autor argumentou a inconstitucionalidade dos artigos 18, 19, 20, 21 e 22 da Lei 45 de 1936, que estava em vigor à época da Constituição de 1886, e determinam as provisões do Código Civil sobre ordem e partilha de herança na sucessão. Ocorre que essas normas diferenciavam explicitamente o quinhão hereditário dos chamados *filhos legítimos* e *filhos naturais*, isto é, filhos concebidos fora do matrimônio teriam direito à metade da parte da herança dos filhos concebidos no casamento.

Observa-se também que a Lei 45 de 1936 foi posteriormente derogada pela Lei 29 de 1982, porém a data da abertura da sucessão no presente caso ocorreu à época de vigência da lei de 1936, sendo, portanto, regida por esta, em virtude de sua

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p411-442>

aplicação com efeitos ultrativos, com base no artigo 1012 do Código Civil colombiano e nos artigos 34, 37 e 38 da Lei 153 de 1887.

Com base na nova Constituição Política de 1991, o autor requereu a declaração de inexecutabilidade dos artigos 18 a 22 da Lei de 1936 por sua incompatibilidade com as proibições constitucionais de discriminação de pessoas por razões de origem familiar (artigo 13 CP), com a garantia de igualdade de direitos entre os filhos concebidos fora do casamento (art. 42 CP) e a proteção especial às crianças (art. 44 CP) e aos idosos (art. 46 CP). O autor ainda reclama a violação dos artigos 4, 85 e 380 da Constituição, os quais estabelecem a aplicação imediata dos preceitos constitucionais.

Para o Sr. León Darío Puerta Amaya, a ultratividade de uma norma, isto é, a continuidade dos efeitos de uma norma revogada, é válida somente no mesmo nível hierárquico de normas, como por exemplo, entre as Leis 45 de 1936 e 29 de 1982. O autor alegava que tais efeitos, quando conflitantes com uma carta constitucional, devem provocar a sua exclusão do ordenamento jurídico por inconstitucionalidade superveniente, “sendo necessária a declaração de inexecutabilidade” (Colômbia, 1994).

O Ministério da Justiça, em sua intervenção, defendeu a constitucionalidade das normas, com base no critério da legislação civil de abertura da sucessão conforme a lei vigente no momento da morte do titular do patrimônio, e clamou pela observância do princípio de segurança jurídica do Estado de Direito. O parecer do Procurador-Geral, por sua vez, foi favorável à declaração de inexecutabilidade por contrariedade à Constituição. No mesmo sentido, o Ministério Público considerou as normas apontadas como incompatíveis com o direito fundamental à igualdade, “previsto com materialização real e efetiva, redutora dos desequilíbrios existentes no âmbito social, econômico e cultural do país” (Colômbia, 1994).

Quanto aos fundamentos da Corte para sua decisão, o tribunal cita jurisprudência afirmando a retroatividade da nova Constituição, abrangendo todo ordenamento legal existente, bem como sua atribuição de controle de validade de normas hierarquicamente inferiores a ela. No entanto, mencionando o julgado 467/93, é observado que as decisões da Corte evoluíram para emitir decisões de mérito também se tratando de legislação revogada antes da entrada em vigor da Constituição de 1991,

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p411-442>

no caso de ela não produzir mais efeitos, decidindo pela inibição da norma por ausência de objeto. Esse não seria o caso da Lei 45 de 1936, que segue produzindo efeitos, afastando a jurisprudência anteriormente citada.

Apesar do exposto acima, o principal argumento da Corte para não inibir a lei em questão tem fundamento no artigo 58 da Constituição, o qual protege os chamados direitos adquiridos pela lei, a fim de garantir a segurança jurídica do Estado de Direito, impedindo sua violação por leis posteriores. Ademais, os artigos em disputa foram promulgados em 1936, compatíveis com a constituição anterior de 1886, vigente à época. Foi o entendimento do tribunal de que, nesse caso, não se poderia retroagir a constituição atual para julgar a conformidade de uma norma já revogada, resultando assim na ausência de matéria para a Corte se pronunciar.

Finalmente, os magistrados ponderaram que o conceito do ordenamento jurídico atual sobre direito à igualdade não pode ser imposto retroativamente, visto que isso seria assumir uma posição pretensiosa ou uma “atitude absolutista e dogmática” (Colômbia, 1994), representando a falta de consideração do contexto histórico-jurídico da lei em disputa. Desse modo, foi a decisão da Corte Constitucional proferir uma sentença inibitória, no sentido de resolver o caso sem julgamento do mérito dos artigos 18 a 22 da Lei 45 de 1936, fundamentada na falta de matéria.

É importante ressaltar, na consideração desse caso, a opinião dissidente do magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, que considera que a retroatividade é possível quando se trata da análise de atos derivados de leis válidas no passado, quando tais atos são contrários à Constituição. O magistrado invoca o princípio da plena efetividade dos preceitos constitucionais, exigindo do intérprete constitucional uma leitura e aplicação harmônica com os direitos e deveres constitucionais.

Muñoz argumenta que a decisão da maioria da Sala Plena modifica, sem fundamentação, a tradição da Corte de se pronunciar sobre normas revogadas que ainda produzem efeitos, priorizando direitos adquiridos do artigo 58 em detrimento ao direito fundamental da igualdade, prejudicando a integridade e supremacia desse preceito vital para o Estado de Direito. Em sua visão, uma constituição é dotada de potência normativa transformadora da realidade e as decisões judiciais devem

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p411-442>

acompanhar seus princípios e valores fundamentais. O magistrado afirma que uma norma com aplicação ultrativa segue vigente nas situações em que ela ainda é empregada. Desse modo, a aplicação deve ser feita de acordo com a atual Constituição. Ademais, no caso de contrariedade entre dispositivos, a regra do artigo 4º da Constituição prevê a primazia da norma de ordem superior.

A aplicação retroativa da Constituição a fim de garantir a igualdade de direitos dos herdeiros na sucessão hereditária, modificando direitos adquiridos pela Lei de 1936, estaria de acordo com o ordenamento jurídico? Analisando as circunstâncias do caso, Muñoz afirma que a igualdade é uma garantia essencial do Estado Democrático de Direito e está intimamente relacionado ao princípio da dignidade humana, enquanto a figura do direito adquirido não pode ser considerada como fundamental nem de aplicação imediata. O magistrado critica a perspectiva da Corte de que julgar a constitucionalidade de leis já revogadas seria decidir sobre situações do passado, de outro ordenamento jurídico, visto que tais dispositivos seguem determinando a proporção do quinhão da herança de cada herdeiro em sentenças que serão produzidas no momento atual, sob a égide da carta constitucional de 1991.

Estamos diante de um caso que provocou divergências entre magistrados da Corte Constitucional e desafiou a reflexão sobre ponderação de direitos e efeitos ultrativos da norma. Após essa sentença de 1994, ainda foram proferidas novas decisões sobre o tópico da legalidade da diferenciação herdeiros “legítimos” e “naturais” nas cortes colombianas. Vale mencionar, inclusive, que existiam cerca de 4650 processos sucessórios que ainda eram regidos pela Lei 45 de 1936 à época da decisão (Colômbia, 1994). Destacamos a observação de que a posterior Lei 29 de 1982 já começou a pavimentar o caminho para o reconhecimento da igualdade entre filhos e parentes legítimos, adotivos, ou *extramatrimoniais*, como passaram a ser chamados a partir da vigência dessa lei.

O tema de igualdade entre herdeiros e seu contexto histórico é abordado no voto vencido dos magistrados Rodrigo Escobar Gil e Eduardo Montealegre Lynett da Sentença C-310/04 (Colômbia, 2004), a qual tratava da diversidade do conceito de família, e relembram a Sentença C-047/94. A igualdade entre filhos legítimos e

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p411-442>

extramatrimoniais se inicia com a Lei 45 de 1936 e culmina na Lei 29 de 1982. O Código Civil chamava os filhos extramatrimoniais de “espúrios”, uma classificação demasiadamente degradante, e que dependia de reconhecimento parental.

A Lei de 1936 reforma essa classificação e utiliza o termo “filho natural” e inclui essa figura como parte do processo de sucessão, atribuindo-lhe metade do quinhão do filho legítimo. Posteriormente, a Lei 75 de 1968 estabelece a presunção legal da paternidade natural e inclui normas em defesa das mulheres, dos filhos menores de idade e da família. Anos depois o Decreto-Lei 2820 de 1974 reforma o instituto do poder parental, beneficiando mulheres e filhos extramatrimoniais. O último grande marco desse processo legislativo histórico é o artigo 1º da Lei 29 de 1982, a qual afirma a igualdade de direitos e obrigações entre filhos legítimos, naturais e adotivos, apenas diferenciando-os por nomenclatura.

Observamos, portanto, a progressão da equiparação entre descendentes no direito da família da sociedade colombiana, bem como no processo de sucessão, ao longo de um século, evoluindo para proteção do direito de igualdade dos hoje denominados herdeiros extramatrimoniais. Ao passo que constatamos a tendência a uma perspectiva mais progressista e igualitária em matéria de direitos civis, é evidente que a Lei 45 de 1936, mesmo revogada, seguia produzindo efeitos na realidade jurídica colombiana a época da sentença de 1994, e que esses efeitos eram completamente incompatíveis com esse processo histórico.

A negativa em apreciar o caso e declarar a inconstitucionalidade da norma representou um desvio da jurisprudência da Corte sobre esse tema, bem como um retrocesso da apreciação de direitos fundamentais, e certamente um retrato do conservadorismo dos magistrados e hesitação em tratar de assuntos sensíveis a parte da sociedade colombiana.

## 2.5 Sentença C-571 de 2004

A sentença em exame (Colômbia, 2004) foi dada no âmbito da Ação Pública de Inconstitucionalidade intentada pela cidadã Lizbeth Adriana Camargo, que teve como

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p411-442>

magistrado responsável Rodrigo Escobar Gil, e foi proferida em Bogotá, no dia 8 de junho de 2004. A Autora da ação requereu a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 26, 30 e 42 do Decreto 1.222 de 1986 (Código do Regime Departamental), uma vez que considera que eles violam os artigos 4º, 145, 260, 299 inciso 1 e 380 da Constituição Política.

Ela afirma que o artigo 26 é inconstitucional quando reconhece um número mínimo e máximo de membros das Assembleias Departamentais diferente do expressamente previsto no artigo 229, parágrafo 1º da Constituição Política. Argumenta que, enquanto o preceito acusado indica que tais corporações serão integradas por não menos que quinze (15) nem mais que trinta (30) membros, o referido dispositivo constitucional estabelece que serão integrados por, no mínimo, 11 (onze) membros não mais de trinta e um (31).

No que tange ao art. 30 do Código Regimental, a cidadã aduz que dispositivo constitucional prevê que o Congresso, em Sessão Plenária, bem como as Câmaras e Comissões não podem abrir sessões ou deliberar com menos de um quarto dos seus membros, ao passo que o dispositivo acusado indica que as sessões podem ser abertas com a assistência de um terço deles. Por fim, alega que o art. 42 é manifestamente contrário ao artigo Superior 260, já que a partir da constituição de 1991, da organização territorial do Estado desapareceram as Intendências e Delegacias e, portanto, não é possível a eleição popular das Intendências e Comissários. Ademais, a norma acusada também ignora que também o Vice-Presidente da República, os Governadores, os membros das Mesa, os Administradores Locais e os membros da Assembleia Nacional Constituinte são eleitos por voto popular.

No que diz respeito às intervenções, observa-se que a cidadã Ana Lucía Gutiérrez Guingue, em representação do Ministério do Interior e Direito, interpôs um escrito de intervenção, requerendo que o Tribunal se declare inibido, sob o argumento que os artigos impugnados foram revogados pelos artigos 299, 380, 145, e 260 da Constituição Política. O cidadão Juan Manuel Charry Urueia, em representação da Universidade de Rosário, interpôs recurso de intervenção requerendo que o Tribunal declare a inconstitucionalidade das normas.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p411-442>

O Procurador-Geral da Nação solicitou ao Tribunal Constitucional que se declarasse inibido para se pronunciar, haja vista que os artigos 26, 30 e 42 do Decreto 1.222 de 1986 limitam-se a reproduzir os artigos 82, 171 e 185 da Constituição de 1886, que foi expressamente revogada pelo artigo 380 da Constituição de 1991. Assim, compreende que as normas acusadas perderam a validade em 7 de julho de 1991, data da entrada em vigor do novo texto constitucional. Desta feita, o Tribunal Constitucional carece de competência visto tratar-se um caso de ausência de objeto.

A Corte, ao analisar o caso asseverou que de acordo com a linha de interpretação aceita por ela, quando há conflito entre normas de diferentes âmbitos e a norma superior é a posterior, não se trata do fenômeno da revogação tácita, mas a nulidade superveniente, que deve ser declarada pelo órgão a quem é atribuída a função de exercer o controle de constitucionalidade das leis. Com efeito, nessas ocasiões é necessário evitar traumatismos no ordenamento jurídico e a indecisão jurídica sobre a validade das normas, devendo o juízo de ponderação entre os *lex posterior derogat priori* e *lex superior derogat inferiori*, seja resolvido em a favor do segundo, ou seja, a favor da prevalência do critério hierárquico sobre o temporal.

Desta feita, a Corte não se inibiu, mas se manifestou, decidindo que os artigos 26 e 30 do Decreto 1.222 de 1986 possuem conteúdo material incompatível com o expressamente estipulado nos artigos 299 e 145 da Constituição Política; ao passo que artigo 42 do referido decreto, é incompatível com o artigo 260 da Constituição de 1991.

A relevância da sentença em tela é o fato dela explanar sobre o trânsito constitucional de normas, ao explicar que há normas vigentes que foram produzidas antes da Constituição de 1991. Ademais, ela explica em seu bojo que o caso em foco não se cuidava de ausência de objeto, por revogação tácita, e de, conseqüentemente, caso de inibição; mas sim de anulação. Dessa maneira, cita a Sentença C-434/1992, e aclara que revogação expressa da Constituição de 1886 pelo artigo 380 da atual Carta Política não implica a eliminação em bloco do regime jurídico anterior, visto que a Carta de 1991, com exceção da expressa revogação da Carta de 1886, não estabeleceu cláusula expressa de revogação especial ou geral ou em bloco de legislação ordinária anterior à nova regulamentação constitucional, como ocorreu no processo específico de

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p411-442>

mudança constitucional no caso da Constituição espanhola de 1978. Na decisão em tela, a Corte Constitucional da Colômbia abandonou a necessidade do exame prévio de vigência da norma demandada.

A Corte Constitucional elucida que o trânsito constitucional não leva ao desaparecimento das normas editadas durante a vigência da Constituição revogada e, portanto, que "a legislação preexistente mantém toda a sua validade na medida em que não se oponha aos ditames da nova Carta Política". Desta feita, conclui que não basta que exista uma simples diferença entre o dispositivo pré-constitucional e os fundamentos do novo Estatuto do Superior, mas é necessário que sejam proposições antinômicas e inconciliáveis para que se compreenda que o texto legal desapareceu ou deveria desaparecer do atual ordenamento jurídico.

Por fim, a sentença diferencia o fenômeno da revogação tácita do da declaração de inaplicabilidade de lei. Assim, dispõe que a revogação se trata de ato de vontade política, onde a Constituinte, o Poder Revisor ou o Legislador opta por eliminar; ao passo que a declaração de inexigibilidade é um ato de contrato jurídico que se ativa como consequência de um conflito normativo entre a Constituição e a lei, o que deve ser deliberado pelo órgão encarregado da tutela da integridade e supremacia da Constituição.

## 2.6 Sentença C-568 de 2016

A Sentença C-568/16 (COLÔMBIA, 2016) responde à Ação Pública de Inconstitucionalidade movida pelo cidadão Carlos Alberto Chamat Duque, teve como responsável o juiz da Corte Constitucional Alejandro Linares Cantillo e foi proferida em Bogotá, no dia 19 de outubro de 2016. O autor requereu a declaração de inconstitucionalidade da expressão "*o cuando la viuda contraiga nuevas nupcias*" (Colômbia, 1946), contida no artigo 62 da Lei 90 de 1946<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Sobre o contexto histórico e político no qual a lei foi aprovada, cf. Villa (1987, p. 127), Jaimes e Kalmanovitz (2017, p. 327-328), Kalmanovitz (2017, p. 234), Gaviria *et al.* (2007, p. 330) e Kalmanovitz (2010, p. 237).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p411-442>

A expressão demandada determina que beneficiários da “pensão de viuvez”, recebida a partir do falecimento de seus cônjuges, terão o direito ao benefício cessado no caso de contraírem novo matrimônio.

O autor da Ação Pública de Inconstitucionalidade argumenta que a expressão viola direitos previstos na Constituição Política de 1991 (Colômbia, 1991), como a garantia ao livre desenvolvimento da personalidade (artigo 16), a conformar uma família por livre vontade e responsabilidade (artigo 42), à segurança social (artigo 48) e ao igual tratamento perante a lei (artigo 13). Sobre o último ponto, o autor da ação argumenta que o tratamento desigual seria decorrente de, na sentença C-309 de 1996, a Corte Constitucional havia declarado como inconstitucional uma expressão muito semelhante à demandada, mas no artigo 2 da Lei 33 de 1973. Surge uma desvantagem, portanto, de beneficiários de pensão de viuvez nos termos da Lei 90 de 1946 em relação aos que recebem o benefício nos termos da lei de 1973, visto que estes podem contrair matrimônio sem que tenham que perder o benefício, o que ainda ocorreria com aqueles.

No que diz respeito às intervenções, um conjunto de representantes expuseram concordância quanto a pedir a inexequibilidade da expressão demandada. São eles: representantes da *Superintendencia Financiera de Colombia* (SFC), da Administradora Colombiana de Pensões (Colpensiones), do *Grupo de Acciones Públicas* da Universidade Javeriana, da Universidade de Rosário, da Universidade Livre da Colômbia, da *Academia Colombiana de Jurisprudencia*, da *Asociación Colombiana de Administradora de Fondos de Pensiones y de Cesantía* (Asofondos). A última representante, contudo, também expressou preocupação em manter a observância ao princípio da sustentabilidade financeira do sistema de segurança social, não devendo a decisão prejudicar os orçamentos públicos destinados àquele ano, sugerindo que esses benefícios fossem previstos para o ano seguinte (Colômbia, 2016, p. 8).

O conjunto dessas representações levantaram argumentos semelhantes aos do autor da ação, ora mencionando que direitos constitucionais eram violados pela expressão demandada, ora apontando decisões anteriores da Corte Constitucional sobre disposições parecidas.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p411-442>

Uma intervenção, por outro lado, pediu que a corte se declarasse incompetente para apreciar a ação. Essa intervenção, do representante do Ministério do Trabalho, argumentava que o artigo 62 da Lei 90 de 1946 havia sido derogado pela entrada em vigência da Lei 100 de 1993<sup>6</sup>, além de que já lhe seriam aplicáveis, de todo modo, as determinações da sentença C-309 de 1996, sendo a expressão demandada já declarada inconstitucional (Colômbia, 2016, p. 5). No mesmo sentido argumenta o Procurador Geral da Nação, que pede que a Corte Constitucional se iniba de apreciar a ação, afirmando que a norma demandada estava tacitamente derogada pelo artigo 2 da Lei 33 de 1973, que continha expressão semelhante declarada inconstitucional por aquela corte (Colômbia, 2016, p. 8-9).

No início da decisão, a Corte Constitucional responde aos pedidos de que ela se iniba de decidir sobre o caso. Ela sustentou que, por mais que expressões muito semelhantes já tenham sido consideradas inconstitucionais, o que importa para saber se ela precisaria se pronunciar sobre a ação em questão era se, mesmo assim, essa expressão do artigo 62 da Lei 90 de 1946 continuava irradiando seus efeitos na realidade. A partir da análise de outros casos julgados no judiciário colombiano, inclusive pela Suprema Corte, a Corte Constitucional evidencia que, mesmo com a inconstitucionalidade de expressão muito similar no artigo 2 da lei 33 de 1973, a previsão da Lei 90 de 1946 de que beneficiários da pensão por viuvez perderiam o direito de recebê-la caso contraíssem novo matrimônio continuava produzindo efeitos, isso é, beneficiários da pensão nos termos dessa lei permaneciam sujeitos a perder o benefício caso se casassem novamente. Por isso, a Corte Constitucional sustentou que lhe cabia decidir sobre a ação em tela.

Antes de prosseguir com a decisão sobre a expressão demandada, a Corte Constitucional evocou, ainda, o ideal de integração normativa, isto é, de que deve-se buscar uma coerência entre as normas de um ordenamento jurídico, para considerar que também seria necessário analisar, em conjunto com a expressão demandada,

<sup>6</sup> Lei que provocou alterações radicais no sistema de segurança social colombiano (cf. KALMANOVITZ, 2010, p. 262-263; JAIMES; KALMANOVITZ, 2017, p. 331-334; GAVIRIA; BAQUERO; PARRA, 2007, p. 394; 397).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p411-442>

outro trecho do artigo 62 da Lei 90 de 1946: “*Pero la viuda que contraiga matrimonio recibirá, en sustitución de las pensiones eventuales, una suma global equivalente a tres (3) anualidades de la pensión reconocida*” (Colômbia, 1946). Já que essa expressão também prevê a interrupção da pensão por viuvez quando contraído novo matrimônio, ela passou a ser analisada, também, na sentença C-568 de 2016.

Caberia, portanto, à Corte Constitucional decidir se essas duas expressões violavam os direitos constitucionais ao livre desenvolvimento da personalidade, à segurança social, a conformar família de livre vontade e responsabilidade e ao igual tratamento perante a lei. Em seguida, seria necessário decidir como proceder, no caso de essas expressões serem consideradas inconstitucionais, no que diz respeito a viúvas e viúvos que perderam o benefício em virtude de contraírem matrimônio, nos termos da Lei 90 de 1946, antes da vigência da Constituição Política de 1991.

A Corte Constitucional considerou que, pelo fato de a expressão demandada ter aproximação temática com questões que envolvem desigualdades de gênero na sociedade colombiana - “categoria suspeita em razão de sexo” (Colômbia, 2016, p. 28, tradução nossa) - estaria justificada uma análise de possível violação do direito à igualdade<sup>7</sup>. Essa análise envolve três etapas: a) a eleição de um critério de comparação; b) a investigação de um eventual trato desigual entre iguais ou igual entre desiguais; c) a ponderação sobre tal diferença ser constitucionalmente justificada. Foi eleito como critério de comparação o fato de alguém ser beneficiário da pensão de sobrevivência nos termos do artigo 62 da Lei 90 de 1946 ou do artigo 2 da Lei 33 de 1973.

A Corte conclui que há uma diferença (relativa à possibilidade de perda do benefício no caso de um novo casamento) e que ela não é justificada, pois afronta os direitos ao livre desenvolvimento da personalidade e à livre conformação de unidade familiar, conforme apontado pelo autor da ação. Portanto, as duas expressões do artigo

<sup>7</sup> A juíza María Victoria Calle Correa, embora concorde com os demais elementos da sentença, discordou desse ponto, sustentando que a possível desigualdade, como viria a ser evidenciado, era de outra natureza (COLÔMBIA, 2016, p. 40-41).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p411-442>

62 da Lei 90 de 1946 analisadas foram consideradas inconstitucionais, por violarem injustificadamente esses direitos constitucionais.

Por fim, no que diz respeito aos efeitos da declaratória de inexecutabilidade, a Corte decide que beneficiários da pensão de sobrevivência que tenham perdido o benefício nos termos do artigo 62 da Lei 90 de 1946 por terem contraído matrimônio após o dia 7 de julho de 1991 poderiam reclamar a retomada dos valores mensais da pensão após a notificação da sentença C-568/16. Não poderiam reclamar a retomada da pensão de sobrevivência, portanto, os beneficiários que perderam o benefício em virtude da norma demandada por terem contraído casamento antes da vigência da Constituição Política de 1991.

Essa sentença pode ser discutida a partir de diferentes elementos. Em primeiro lugar, chama a atenção que ela contradiz a perspectiva adotada na C-571 de 2004, quando decidiu abandonar a análise sobre a norma demandada estar produzindo seus efeitos como critério para que a corte se iniba ou não. Aqui, a possibilidade de inibição a partir do pressuposto de que a norma estaria derogada foi não apenas trazida nas intervenções, mas efetivamente examinada pela Corte Constitucional, o que demonstra outra ruptura com a perspectiva da instituição sobre o controle de constitucionalidade de normas pré-constitucionais.

No mesmo sentido, em segundo lugar, a determinação de que pensionistas de viuvez que perderam o benefício em virtude de casamento contraído antes de 7 de julho de 1991 pode transmitir uma concepção de que a norma demandada só traz uma situação de injustiça à luz da Constituição Política de 1991. No caso de viúvas e viúvos prejudicados pela redação do artigo 62 da lei 90 de 1946 antes desse período, a decisão não reconhece haver tal situação de injustiça que demandaria reparação. Para esses sujeitos, os efeitos dessa norma permaneceram.

### 3 DISCUSSÃO

Quando observadas em conjunto, as quatro sentenças analisadas mostram particularidades da Corte Constitucional colombiana no que diz respeito ao tratamento

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p411-442>

de normas pré-constitucionais. Nesta seção, essas questões serão brevemente discutidas.

Percebe-se, nas decisões que vão de 1992 a 2016, mudanças de postura da instituição, sobretudo no que diz respeito à necessidade de examinar previamente a vigência da norma demandada, isto é, analisar se ela está tacitamente derogada ou se está produzindo efeitos na realidade. Também há posturas diferentes nesse processo analítico, ou seja, na decisão sobre a Corte Constitucional, após essa análise, inibir-se ou não de se pronunciar. Conjuntamente, esses aspectos podem ser organizados na sequência cronológica das decisões do seguinte modo:

- a) C-434 de 1992: introdução do argumento do exame prévio de vigência, a corte não se inibiu.
- b) C-177 de 1994: foi feito o exame prévio de vigência e a corte se inibiu, apesar de evidências de a norma demandada ainda produzir efeitos.
- c) C-571 de 2004: a corte argumenta pela não-necessidade do exame prévio de vigência e pela necessidade de seu pronunciamento, assim, não se inibiu.
- d) C-568 de 2016: foi feito o exame prévio de vigência e a corte não se inibiu.

Esse comportamento díspar da Corte Constitucional da Colômbia chama a atenção: observam-se descontinuidades que não representam, no entanto, rupturas. Isso leva a algumas perguntas: por que ela tomou posturas tão diferentes sobre uma mesma questão pertinente a sua atuação no decorrer dos anos? Ainda, mais especificamente: por que a corte inibiu-se em 1994 mas não em 2016, diante de casos que guardam semelhanças (normas discriminatórias que levam à desvantagens patrimoniais e têm como aparente base a defesa de um ideal de família<sup>8</sup>)?

A resposta à primeira questão parece residir na composição da Corte Constitucional da Colômbia. A Constituição estabelece, em seu artigo 233, que os

---

<sup>8</sup> Na decisão de 1994, a norma demandada previa um tratamento diferencial de filhos nascidos fora do casamento e, na decisão de 2016, tratava-se de uma norma que previa o fim da pensão de viuvez a viúvas ou viúvos que se casassem novamente. Em ambos os casos, o valor protegido parece ser a proteção do ideal cristão de casamento, sendo desonroso o filho que nasce fora do matrimônio ou a viúva ou viúvo que decide contrair novas núpcias.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p411-442>

juízes da corte têm mandatos com duração de oito anos e não podem ser reeleitos (Colômbia, 1991), o que pode fazer com que o perfil da instituição mude periodicamente, somado à possibilidade de os magistrados deixarem sua função por outros motivos. Efetivamente, mesmo se considerados os períodos de 1992 e 1994, percebe-se que, dos 7 magistrados que julgaram a primeira sentença, apenas 4 julgaram a segunda, em um momento no qual a corte contava com 9 membros. Ou seja, há 5 juízes novos julgando a sentença C-177 de 1994. Nas sentenças de 2004 e 2016, a Corte Constitucional contava com composições totalmente diferentes entre si e em relação ao início da década de 1990.

É possível que, em consequência da alteração periódica da composição da corte, sejam criados conjuntos de magistrados que produzem percepções substancialmente distintas sobre a apreciação de normas pré-constitucionais, o que pode levar às disparidades observadas. Ainda, esse processo parece revelar que não há uma preocupação, entre esses grupos, em manter uma coesão histórica da corte no que diz respeito ao controle de constitucionalidade de normas pré-constitucionais.

Já a resposta à segunda pergunta pode ser dada de modo mais hipotético. Mesmo que as normas demandadas em ambas as sentenças guardem similaridades, é verdade que a decisão da corte poderia ter repercussões diferentes em cada caso. Se no caso da C-568 de 2016 já houve críticas à Corte Constitucional por supostamente comprometer os recursos públicos garantindo o acesso à pensão por viuvez a mais pessoas (ROSA, 2018, p. 63), a controvérsia poderia ser maior com uma decisão que afetasse heranças, seja pela exequibilidade da norma ou não. É possível que a decisão da corte por sua inibição tenha sido uma estratégia de evitar um pronunciamento sobre um tema. A possibilidade do uso do recurso do exame prévio de vigência para se furtar de uma possível controvérsia significaria um comportamento ainda mais contingente da Corte Constitucional colombiana no tratamento de normas pré-constitucionais.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p411-442>

Este trabalho teve como objetivo central compreender como juízes da Corte Constitucional colombiana percebem o funcionamento de normas pré-constitucionais. Para isso, foram analisadas quatro sentenças da Corte sobre casos do gênero, utilizando aportes da sociologia histórica como pressuposto teórico. As sentenças foram analisadas como fontes de dados empíricos sobre como o conjunto de juízes da corte compreendem certos aspectos do processo transicional.

Os resultados indicam que a postura da Corte Constitucional da Colômbia diante de normas pré-constitucionais é consideravelmente contingente. Nas sentenças estudadas, correspondentes a diferentes períodos e composições da corte, os magistrados adotaram posturas substancialmente distintas sobre a necessidade de examinar previamente a vigência da norma demandada e, ainda, sobre a decisão de inibir-se ou não de se pronunciar a seu respeito. Mudanças periódicas na composição da corte e estratégias particulares de cada grupo que a compõem podem explicar essas divergências de postura. Uma consequência é uma falta de coesão, no conjunto das sentenças analisadas, no tratamento despendido pela corte a normas pré-constitucionais.

No entanto, esta pesquisa tem limitações no que diz respeito às inferências que pode realizar, podendo limitar-se aos casos analisados. Mesmo assim, as evidências encontradas são indícios dessas continuidades e rupturas. Futuras investigações podem aprofundar esses achados a partir da análise de novas sentenças da Corte Constitucional da Colômbia, pela coleta de dados em outras fontes de informações que indiquem a percepção de seus juízes sobre normas pré-constitucionais ou pela busca por eventuais diferenças nessas apreensões em diferentes formações da Corte. Ainda, novos estudos podem investigar continuidades e rupturas em novas ordens constitucionais em outros países, sobretudo no contexto latino-americano, tomando como fonte de dados primários documentos como sentenças de cortes constitucionais.

## REFERÊNCIAS

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p411-442>

ANSALDI, Waldo. Epílogo. *In*: ANSALDI, Waldo; GIORDANO, Verónica. **América Latina. La construcción del orden**: de las sociedades de masas a las sociedades en procesos de reestructuración. Barcelona: Ariel, 2016. p. 683-726.

BAGGIO, Roberta Camineiro. Tensionamentos sociais e justiça de transição: contribuições ao constitucionalismo latino-americano. *In*: TOSI, Giuseppe; FERREIRA, Lucia de Fátima Guerra; TORELLY, Marcelo Dalmás; ABRÃO, Paulo (orgs.). **Justiça de transição**: direito à justiça, à memória e à verdade. João Pessoa: Editora da UFPB, 2014, p. 87-117.

BAGGIO, Roberta Camineiro; BERNI, Paulo Eduardo. Breves ajustes à contribuição da sociologia histórica ao constitucionalismo latino-americano. **Revista Direito e Práxis**, *ahead of print*, p. 1-17, 2022.

BORRERO, Maria Alejandra Bernal. Las Sentencias Inhibitorias y el Derecho a Acceder en Condiciones de Igualdad a la Justicia. **Derecho del Estado**, v. 19, p. 171-182, 2006.

BBC News Brasil. “**Corte colombiana descriminaliza aborto até 24ª semana de gestação.**” 22 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-60473376>. Acesso em: 13 de março de 2023.

COLÔMBIA. **Constitución Política de la República de Colombia**. Bogotá, 6 de julho de 1991.

COLÔMBIA. **Ley 90 de 1946**. Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Bogotá, 26 de dezembro de 1946.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C-177 de 12 de abril de 1994**. Relator: Carlos Gaviria Diaz. Bogotá, 12 de abril de 1994.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C-310/04 de treinta y uno de marzo de 2004**. Relator: Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá, 31 de marzo de 2004.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C-434 de 25 de junio de 1992**. Relator: Fabio Moron Diaz. Santafé de Bogotá, 25 de junho de 1992.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C-571 de 8 de junio de 2004**. Relator: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, 8 de junho de 2004.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C-568 de 19 de octubre de 2016**. Relator: Alejandro Linares Cantillo. Bogotá, 19 de outubro de 2016.

COLÔMBIA. **Palacio de Justicia archivos – Treinta años después, ¿esperanza o dolor?**. Centro Nacional de Memoria Histórica. 20 de outubro de 2015. Disponível em: <https://centrodememoriahistorica.gov.co/tag/palacio-de-justicia/>. Acesso em 13 de março de 2023.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p411-442>

CIDH. **Caso Rodriguez Vera y Otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) v. Colombia.** Sentença de 14 de novembro de 2014. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_287\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_287_esp.pdf). Acesso em: 13 de março de 2023.

DIAS, Reginaldo Benedito. Sentidos políticos da toponímia urbana: ruas com nomes de mortos e desaparecidos políticos da ditadura militar brasileira. **Patrimônio e Memória**, v. 8, n. 1, p. 155-181, 2007.

ERTEL, Lucia Carolina Raenke. **A incorporação do direito internacional de direitos humanos à ordem constitucional no Brasil e na Argentina.** 197f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2022.

FILHO, José Carlos Moreira da Silva; CASTRO, Ricardo Silveira. Justiça de transição e poder judiciário brasileiro a barreira da lei de anistia para a responsabilização dos crimes da ditadura civil-militar no Brasil. In: TOSI, Giuseppe; FERREIRA, Lucia de Fátima Guerra; TORELLY, Marcelo Dalmás; ABRÃO, Paulo (Orgs.). **Justiça de transição: direito à justiça, à memória e à verdade.** João Pessoa: Editora da UFPB, 2014, p. 119-156.

GAVIRIA, José Antonio Ocampo; BAQUERO, Carmen Astrid Romero; PARRA, María Ángela. La búsqueda, larga e inconclusa, de un nuevo modelo (1981-2006). In: GAVIRIA, José Antonio Ocampo (comp.). **Historia económica de Colombia.** Bogotá: Planeta, 2007. p. 341-418.

GAVIRIA, José Antonio Ocampo *et al.* La industrialización y el intervencionismo estatal (1945-1980). In: GAVIRIA, José Antonio Ocampo (comp.). **Historia económica de Colombia.** Bogotá: Planeta, 2007. p. 271-339.

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.

GONZÁLEZ, David Mendieta. **La acción pública de inconstitucionalidad: a propósito de su 100 años de vigencia en Colombia.** *Revista Universitas.* Bogotá (Colombia), nº 120, pp 61-84, ene-jun. de 2010.

JAIMES, Carlos Alberto; KALMANOVITZ, Salomón. Condiciones de vida y seguridad social. In: KALMANOVITZ, Salomón. **Breve historia económica de Colombia.** Bogotá: Biblioteca Nacional de Colombia, 2017. p. 321-336.

KALMANOVITZ, Salomón. **Nueva historia económica de Colombia.** Bogotá: Taurus, 2010.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p411-442>

KALMANOVITZ, Salomón. Sindicatos y trabajo. *In*: KALMANOVITZ, Salomón. **Breve historia económica de Colombia**. Bogotá: Biblioteca Nacional de Colombia, 2017. p. 227-242.

KONZEN, Lucas Pizzolatto; BORDINI, Henrique S. Sociologia do direito contra dogmática: revisitando o debate Ehrlich-Kelsen. **Revista Direito e Práxis**, v. 10, n. 1, p. 303-334, 2019.

LIXINSKI, Lucas. **A Critical Mapping of Transitional Justice in Latin America**. in Rosalind Dixon and Tom Ginsburg (org.). *Comparative Constitutional Law in Latin America*. Edward Elgar, 2017. p. 87-107.

MARTINS, Luís Fernando Santos. **Racismo estrutural e concentração fundiária no Brasil**: uma análise a partir da perspectiva da sociologia histórica. 202f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2022.

O'DONNELL, Guillermo; SCHMITTER, Philippe C. **Transições do regime autoritário**: primeiras conclusões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

PARDO, Neyla G. **“The Dual Causes of Fragmentation: Democratic Security and the Communitarian State in Colombian Politics.”** *Discourse & Society* 31, no. 1 (January 1, 2020): 64–84. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/0957926519877694>. Acesso em: 13 de março de 2023.

PEIXOTO, Rodrigo Luz. **A articulação entre constitucionalismo e violência estatal**: impunidade e responsabilidade do Estado na República Brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

REGINATO, Andréa Depieri de A. Uma introdução à pesquisa documental. *In*: MACHADO, Máira Rocha (org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 189-224.

ROSA, Saúl Eduardo Pérez de la. La optimización económica del sistema pensional: un reto para la equidad social de los adultos mayores en Colombia. *In*: PACHECO, Gregorio Eljach *et al.* **Derechos laborales, fomento económico, informalidad y desarrollo**: serie documentos estudios legislativos nº 9. Bogotá: CAEL, 2018. p. 60-72.

SKOCPOL, Theda. Emerging agendas and recurrent strategies in historical sociology. *In*: SKOCPOL, Theda. **Vision and method in historical sociology**. Cambridge: Cambridge University Press, 1984, p. 356-391.

SKOCPOL, Theda. Social history and historical sociology: contrasts and complementarities. **Social Science History**, v. 11, n. 1, p. 17-30, 1987.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p411-442>

TORRES, Pedro Henrique Campello. As cidades da ditadura militar brasileira: continuidades, rupturas e uma agenda contemporânea de direito à memória. **Urbana**: revista eletrônica do Centro Interdisciplinar de Estudos sobre a Cidade, v. 12, p. 1-20, 2020.

VILLA, Hernando Valencia. **Cartas de batalla**: una crítica del constitucionalismo colombiano. Bogotá: CEREC, 1987.