



CUESTIONARIO DEL SEMINARIO

“La Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional: balance de dos décadas de diálogo entre Tribunales”. Antigua (Guatemala), 3 a 5 de diciembre de 2018.

1. Señale las principales influencias que modelos extranjeros hayan podido tener en el diseño de la jurisdicción constitucional de su país.

En Brasil, hay un sistema híbrido de control de constitucionalidad, pues **coexisten** dos modelos de actuación jurisdiccional, a saber:

1. El control difuso de constitucionalidad, inspirado en el modelo anglosajón, más específicamente en el sistema jurídico norteamericano. Fue el modelo adoptado desde el inicio de la jurisdicción constitucional brasileña, con la creación del Supremo Tribunal Federal (Decreto n° 848, de 1890) y la promulgación de la Constitución de 1891 (la cual definió el federalismo como forma de Estado y la república como forma de gobierno, extinguiendo la monarquía adoptada desde la independencia de Brasil, en 1822).

En este modelo, todos los órganos del Poder Judicial tienen competencia para, al juzgar el caso concreto, alejar la aplicación de ley conflictiva con la constitución; admitiéndose, en Brasil, la interposición de recurso extraordinario para que el Supremo Tribunal Federal analice la materia constitucional decidida en única o última instancia por los demás órganos del Poder Judicial.

En el Brasil (cuyo sistema jurídico se afilia a la tradición del *civil law*, en el cual las leyes editadas por el Poder Legislativo son la fuente esencial del derecho), el modelo de control difuso inspirado en el modelo norteamericano fue instituido sin el mecanismo del *stare decisis* (instituto típico de los países de tradición de *common law*),

de modo que, aunque los jueces y los tribunales, teniendo el Supremo Tribunal Federal como última instancia de apelación, pudieran declarar determinada ley inconstitucional, los efectos de esa decisión se restringían al caso concreto.

2. El control concentrado de constitucionalidad, inspirado en el modelo austriaco, formulado por Hans Kelsen.

Con el advenimiento de la Enmienda Constitucional n° 16, de 1965 (editada bajo la vigencia de la Constitución de 1946) se estableció, en el derecho brasileño, la competencia del Supremo Tribunal Federal para analizar controversias constitucionales de forma abstracta, sin vinculación a un caso concreto, por medio de una acción específica presentada directamente ante el Tribunal, produciendo su decisión efectos generales y vinculantes.

Con la promulgación de la actual Constitución de 1988 -después de un régimen autoritario que duró más de 20 años-, se consolidó un rol extensivo de derechos y principios, el cual fue acompañado de la creación de instrumentos que hicieran valer judicialmente esas intenciones positivas, atribuyendo al Poder Judicial y, específicamente, al Supremo Tribunal Federal papel fundamental en la consolidación de ese nuevo Estado Democrático y en la custodia de los derechos y garantías fundamentales de los individuos y de la colectividad.

Además, la Constitución de 1988 amplió significativamente la legitimación activa para la proposición de acciones del control concentrado de constitucionalidad en el Supremo Tribunal Federal, otorgando esa legitimación más allá del Procurador General de la República, al Presidente de la República, a la Mesa del Senado Federal, a la Mesa de la Cámara de Diputados, a la Mesa de la Asamblea Legislativa o de la Cámara Legislativa del Distrito Federal, a los gobernadores de los estados o del Distrito Federal, al Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil, a los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional, a las confederaciones

sindicales y las entidades de clase de ámbito nacional.

En ese contexto, en Brasil, el análisis abstracto de las controversias constitucionales directamente por el Supremo Tribunal Federal se ejerce por medio de cuatro acciones constitucionales: (i) acción directa de inconstitucionalidad (ADI); (ii) acción declaratoria de constitucionalidad (ADC); (iii) acción directa de inconstitucionalidad por omisión (ADO); y (iv) alegación de incumplimiento de precepto fundamental (ADPF).

3. Conclusión.

Actualmente, en los términos de la Constitución Federal de 1988, Brasil cuenta con un modelo caracterizado como ecléctico o mixto, combinando el control difuso o incidental (sistema norteamericano), ejercido por todos los jueces y tribunales; con el control concentrado, o por vía principal (sistema austriaco), que es ejercido por medio de acciones abstractas de competencia exclusiva del Supremo Tribunal Federal.

Es importante subrayar, en cuanto al control difuso adoptado por Brasil (de inspiración en el modelo norteamericano, pero sin la adopción del mecanismo del *stare decisis*), que la actuación del Supremo Tribunal Federal en sede de apelación extraordinaria fue sustancialmente modificado por medio de la Enmienda Constitucional nº 45, de 2004.

Inspirado en el *writ of certiorari* (modalidad de acceso a la Corte Suprema norteamericana desde los años 20 del siglo XX), el instituto de la repercusión general fue instituido como requisito para la admisión de los recursos extraordinarios por el Supremo Tribunal Federal (artículo 102, § 3º, CF/88), exigiéndose, así, la demostración de que las cuestiones constitucionales discutidas en el caso son relevantes en el punto de vista económico, político social o jurídico e que ellas sobrepasan los intereses subjetivos de la causa.

De este modo, al juzgar determinado recurso extraordinario con repercusión

general reconocida, el Supremo Tribunal Federal no sólo juzga el caso concreto, sino que también define la línea interpretativa para la cuestión constitucional controvertida, la cual debe ser aplicada por los Tribunales del país a los procesos que versan acerca del mismo tema. Se ha conferido, por lo tanto, eficacia general y expansiva a la interpretación constitucional realizada por la Corte, ya no siendo más necesario decidir múltiples casos idénticos sobre las mismas cuestiones constitucionales.

Esta alteración se hizo necesaria debido a que la Constitución Federal de 1988 (actualmente en vigor) está formada por 250 artículos en la parte permanente y por 114 artículos en las disposiciones transitorias, y, en esa medida, definir exhaustivamente todas las materias constitucionales, disciplinando, aún, varias otras materias que podrían ser definidas en la legislación infraconstitucional, lo que resultó en una crisis derivada de la gran cantidad de procesos dirigidos al Supremo Tribunal Federal, en particular los recursos extraordinarios.

Como ejemplo de esa crisis en cuanto a la cantidad de demandas, mientras que en 1988, el Supremo Tribunal brasileño recibió en torno a 20 mil procesos, en 2006, los procesos recibidos llegaron a 127 mil.

También bajo la inspiración del *writ of certiorari*, otra innovación de la Enmienda Constitucional nº 45, de 2004, fue la autorización para que el STF apruebe precedentes vinculantes, mediante los cuales decisiones reiteradas de la Corte pasan a tener efecto vinculante en relación a los demás órganos del Poder Judicial e a la Administración Pública directa o indirecta, en las esferas federal, estadual o municipal (art. 103 - A, CF/88). 103-A, CF / 88).

En efecto, tanto el precedente vinculante como la repercusión general tienen el propósito de garantizar seguridad jurídica, previniendo y disminuyendo la multiplicación de acciones judiciales sobre los mismos temas, así como confiriendo tratamiento de isonomía a casos análogos. Se trata de los institutos, así como del

principio del *stare decisis* (del Derecho norteamericano), la garantía de estabilidad, coherencia y previsibilidad de las decisiones judiciales.

Además, dos aspiraciones de la Enmienda Constitucional nº 45, de 2004 eran la celeridad en la prestación jurisdiccional y la reducción de la excesiva cantidad de procesos en la Suprema Corte brasileña.

Señalase que, en el final de 2006 - cuando fueron editadas las leyes que reglamentaran el precedente vinculante (Ley nº 11.417, de 19 de diciembre de 2006) y la repercusión general (Ley nº 11.418, de 19 de diciembre de 2006) -, el total de procesos en trámite en el STF era de 153.936 mil procesos. Doce años después de la reglamentación y la implantación de los nuevos institutos, el Tribunal ya disminuyó significativamente su acervo, contando, a finales de 2018, con 38.675 procesos.

2. Indique, y en su caso comente, pronunciamientos jurisdiccionales de interés en los que se citen normas de ordenamientos extranjeros.

Las Constituciones brasileñas (la Constitución Política del Imperio del Brasil, de 1824, a continuación la primera Constitución de la República, de 1891, y las siguientes - 1934, 1937, 1946, 1967 - hasta la actual Constitución, de 1988) no hacen referencia explícita en cuanto al uso de precedentes o doctrinas extranjeras por los miembros del Poder Judicial en la formación de su convencimiento.

La Constitución de 1988 señala una orientación aperturista del Estado brasileño en el escenario internacional, a la medida que prescribe el compromiso con la búsqueda de la "integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con el fin de la formación de una comunidad latinoamericana de naciones" (artículo 4, párrafo único), así como que "los derechos y garantías expresados en la Constitución brasileña no excluyen otros derivados del régimen y de los principios adoptados por ella, o de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte" (§ 2º, del art. 5º).

En este punto, se destaca que la Enmienda Constitucional n° 45/2004 introdujo, en el ordenamiento constitucional brasileño, la previsión de que los tratados y las convenciones internacionales sobre derechos humanos suscritos por Brasil y aprobados en cada Cámara del Congreso Nacional, en dos rondas de votación, por tres quintas partes de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales y a la sumisión del Brasil a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional a cuya creación haya manifestado su adhesión.

Al hacer una búsqueda en el repositorio de jurisprudencia de la Suprema Corte brasileña, se verifica que, tanto en control concentrado, como en control difuso de constitucionalidad, hay referencia a tratados y convenciones internacionales - en materia de derechos humanos y de otras áreas. Hay mención, también, al derecho extranjero y a la jurisprudencia formada sobre él, así como a la doctrina científica extranjera, predominando las referencias al derecho alemán y norteamericano.

Antes de ingresar específicamente en el tema del encuentro, destaco que en Brasil, la firma de tratados y convenciones internacionales es competencia privativa del Presidente de la República (art. 84, VIII de la Constitución Federal de 1988), la cual constituye acto precario y no definitivo, pues está condicionada a la aprobación del Congreso Nacional (art. 49, I, de la Constitución Federal de 1988) para producir efectos.

Exponga pronunciamientos jurisdiccionales de interés cuya decisión se fundamente directamente en la aplicación de tratados internacionales sobre derechos humanos.

Señale pronunciamientos jurisdiccionales de interés en los que se cite o se incorpore jurisprudencia de tribunales extranjeros.

Describa pronunciamientos jurisdiccionales de interés cuya decisión se fundamente en jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Mencione pronunciamientos jurisdiccionales de interés en los que se mencione

doctrina científica extranjera.

RESPUESTA A LAS PREGUNTAS 3, 4, 5 Y 6

Con esas breves observaciones, destaco algunas decisiones emanadas de la Suprema Corte brasileña, por su plenario, relacionadas al tema propuesto en ese encuentro.

1. *Habeas Corpus* n° 87.585, *Habeas Corpus* n° 92.566 y Recurso Extraordinario n° 349.703- Prisión por administración desleal

La Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988 prescribe, en su redacción originaria, que "no habrá prisión civil por deuda, salvo la del responsable del incumplimiento voluntario e inexcusable de obligación alimenticia y la del administrador desleal" (artículo 5, LXVII).

La prisión del depositario infiel estuvo prevista en el ordenamiento jurídico civil brasileño desde 1916 (Ley n° 3.071), y fue regulada también en el Código Civil instituido por la Ley n° 10.406 / 2002.

En 2008, la Corte Suprema fue provocada a manifestarse sobre la constitucionalidad de la regla, en sede de control difuso de constitucionalidad, y el juicio fue concluido en el sentido de declarar **inaplicable** la norma, con base en el Pacto de San José de Costa Rica.

En la ocasión, el Supremo Tribunal Federal afirmó el **carácter supra legal** de los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Brasil, de manera a vaciar la fuerza normativa del inciso LXVII del artículo 5 de la Constitución Federal (una vez que la prisión del administrador desleal en ella prevista está condicionada a la reglamentación legal para tener plena eficacia), sin, sin embargo, afirmar el status constitucional de las normas inscritas en dicho tratado internacional, de manera a alejar la posibilidad de que sean usadas como parámetro de análisis de constitucionalidad de leyes o actos normativos internos.

En la parte de interés, transcribo la enmienda que figura en el RE n° 349.703:

"PRISIÓN CIVIL DEL ADMINISTRADOR DESLEAL DE FRENTE A LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS. INTERPRETACIÓN DE LA PARTE FINAL DEL INCISO LXVII DEL ART. 5 DE LA CONSTITUCIÓN BRASILEÑA DE 1988. POSICIÓN HIERÁRQUICO-NORMATIVA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEÑO. Desde la adhesión de Brasil, sin ninguna reserva, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 11) y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica (artículo 7, 7), ambos en el año de 1992, no hay más fundamento legal para prisión civil del administrador desleal, pues el carácter especial de esos diplomas internacionales sobre derechos humanos les reserva lugar específico en el ordenamiento jurídico, estando por debajo de la Constitución, pero por encima de la legislación interna. El status normativo supra legal de los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Brasil hace inaplicable la legislación infra constitucional que esté en conflicto, sea ella anterior o posterior al acto de adhesión. Así ocurrió con el art. 1.287 del Código Civil de 1916 y con el Decreto-Ley n° 911/69, así como en relación al art. 652 del Nuevo Código Civil (Ley n° 10.406/2002). ALIENACIÓN FIDUCIARIA EN GARANTÍA. DECRETO-LEY N° 911/69. "

2. Argumentación de Incumplimiento de Precepto Fundamental n° 347 - Sistema Carcelario: Estado de Cosas Inconstitucional y Violación a Derecho Fundamental.

En febrero de 2015, el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) lanzó el proyecto Audiencia de Custodia, que consiste en la garantía de la rápida presentación del detenido a un juez en los casos de prisiones en flagrante.

En la sesión celebrada en el 9 de septiembre de 2015, el Supremo Tribunal Federal (STF) concedió parcialmente cautelar solicitada en la Alegación de Incumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF n° 347), a fin de determinar a los jueces y Tribunales, que, observados los artículos 9.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y 7.5 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, realicen las audiencias de custodia de modo a viabilizar la comparecencia del preso ante la autoridad judicial en hasta 24 horas contadas desde el momento de la prisión.

En la ocasión, el Supremo Tribunal Federal entendió adecuada la vía de la Alegación de Incumplimiento de Precepto Fundamental (acción del control concentrado de constitucionalidad y tendrá por objeto evitar o reparar lesión a precepto fundamental, resultante de acto del Poder Público - artículo 102, §1º c/c Ley nº 9.882/1999), en razón de la "situación degradante de las cárceles en Brasil, y afirmó:

"Presente marco de violación masiva y persistente de derechos fundamentales, derivado de fallas estructurales y quiebra de políticas públicas y cuya modificación depende de medidas amplias de naturaleza normativa, administrativa y presupuestaria, debe el sistema penitenciario nacional ser caracterizado como 'estado de cosas inconstitucional'".

Durante la audiencia, el juez analiza la prisión bajo el aspecto de la legalidad, de la necesidad y de la adecuación de la continuidad de la prisión o de la eventual concesión de libertad, con o sin la imposición de otras medidas cautelares. El juez evalúa también eventuales ocurrencias de tortura o de maltrato, entre otras irregularidades.

La decisión tomada por la Suprema Corte Brasileña, asociada a la actuación proactiva del CNJ, confirió mayor efectividad, en el Poder Judicial, en diferentes unidades federativas, a la realización sistémica de audiencias de custodia.

3. Acción Directa de Inconstitucionalidad nº 3510- Ley de Bioseguridad

En el juicio, el Supremo Tribunal Federal concluyó por la "constitucionalidad del uso de células madre embrionarias en investigaciones científicas para fines terapéuticos" y, así, por la total improcedencia de la acción directa de inconstitucionalidad que había sido propuesta por el Fiscal General de la República, impugnado el art. 5º de la Ley nº 11.105, de 24 de marzo de 2005 (Ley de Bioseguridad).

El ministro Joaquim Barbosa hace referencia a la experiencia legislativa y / o judicial de los países europeos (Inglaterra, Francia, España, Bélgica y Suiza) para orientar la interpretación del Derecho nacional (artículo 5 de la Ley nº 11.105 / 2005),

empleando la técnica comparativa con respecto a los puntos identificados como comunes al debate en el Derecho extranjero, *in verbis*:

"En fin, esos son sólo algunos ejemplos, recogidos del derecho comparado, que demuestran la preocupación de los países europeos con la investigación envolviendo células madre embrionarias. Se ve que las legislaciones extranjeras tienen al menos tres puntos en común: el primero, referente a la obligatoriedad de que los embriones sean utilizados en investigaciones que apunten al bien común; el segundo, que se utilizan sólo embriones excedentes de los procesos de fertilización *in vitro*, lo que, en otras palabras, significa la prohibición de que se creen embriones con este fin; y, por último, que haya el consentimiento expreso de los progenitores. En ese orden de ideas, me parece que la legislación brasileña sigue los criterios mínimos que han sido exigidos por otros países que permiten la investigación que involucre células madre embrionarias."

4. Argumentación de incumplimiento de precepto fundamental nº 54- Aborto de feto anencéfalo.

En la Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF) nº 54, jurisprudencia extranjera fue referida por el Ministro Gilmar Mendes, a fin de reforzar su conclusión de la posibilidad de proceder al control concentrado de constitucionalidad de normas preconstitucionales.

Iniciado en 2004, el juicio fue concluido en 2012, habiendo sido juzgado procedente el pedido para declarar inconstitucional la interpretación de los arts.124, 126, 128, I y II del Decreto-ley 2.848/1940 (Código Penal) que considera delito de aborto la anticipación terapéutica del parto en el caso de feto anencéfalo.

La Corte Suprema aclaró que la discusión sobre la anticipación terapéutica del parto se diferenciaba en relación a la despenalización del aborto y a la discriminación basada en la deficiencia del feto (aborto eugenésico). Eso porque el aborto presupone un feto sano; la anencefalia, según la explicación de los expertos oídos

en la audiencia pública realizada para la instrucción del juicio, es una anomalía caracterizada por la ausencia parcial del encéfalo y del cráneo, considerada equivalente a la muerte cerebral y, por lo tanto, letal en el ciento por ciento de los casos.

En este sentido, el Tribunal consideró que había un conflicto sólo aparente entre derechos fundamentales, porque, en contraposición a los derechos de la mujer, se encuentra un ser, aunque biológicamente vivo, jurídicamente muerto, ya que la Ley 9.434/1997 dispone que el diagnóstico de muerte encefálica constituye el marco para declararse determinada persona como muerta. Por lo tanto, la interrupción de la gestación, en el caso de anencefalia, constituiría conducta atípica en razón de la absoluta impropiedad de aquel sobre el cual recae la conducta del agente.

La Corte Suprema agregó, además, que el derecho a la vida no es absoluto en el texto constitucional, teniendo en cuenta el art. 5, XLVII, que admite la pena de muerte en el caso de guerra declarada en la forma del artículo 84, XIX, y, también, las dos posibilidades de realización de aborto en el Código Penal: lo necesario (cuando hay peligro a la vida de la mujer) y el humanitario (cuando el embarazo deriva de violación). Además, la protección al derecho a la vida comporta diferentes gradaciones, conforme quedó establecido en el juicio de la ADI n° 3510.

En ese sentido, se reflexionó sobre la necesidad de distinguirse ser humano de persona humana, concluyendo que el embrión obviamente es humano, ser vivo, sin embargo, no configura, aún, persona, o sea, sujeto de derechos y deberes, a caracterizar el mismo estatuto constitucional de la persona humana.

Por fin, se consideró que sería desproporcionado considerar constitucional el aborto humanitario, cuando sano el feto, pero ilícita la anticipación terapéutica del parto, cuando éste posee una anomalía letal incurable. En ambos casos se busca resguardar la salud física y psíquica de la mujer. Así, el Tribunal consideró que el legislador no había insertado esa posibilidad de "aborto", porque el Código data de 1940, cuando no existían exámenes que diagnosticaban tal anomalía.

5. Recurso Extraordinario n° 459.510 - Competencia para conocer y juzgar el crimen de reducción a la condición análoga a la de esclavo

En 2009, el órgano fraccionario del Supremo Tribunal Federal (2ª Cámara) deliberó enviar el proceso al Pleno, en el cual el juicio se inició en 2010, con el voto del ponente en el sentido de superar entendimiento anteriormente formado en la Corte Suprema, en el RE n° 398.041, por entender que el bien jurídico tutelado en el tipo penal de la conducta de reducción a la condición análoga a la de esclavo es el ser humano en sí mismo, y no el interés estatal en el resguardo de la organización del trabajo.

En conclusión del juicio en 2015, fue mayoritario el entendimiento de que el bien jurídico objeto de tutela por el art.149 del Código Penal (Decreto- ley 2.848/1940) es más amplio que la libertad individual, pues la práctica de la conducta en cuestión acaba por vilipendiar otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente como la dignidad de la persona humana, los derechos laborales y previsionales, indistintamente considerados. Así, se fija la competencia de la justicia federal en el caso concreto (art. 109, VI, de la Constitución Federal).

En su voto, la Ministra Rosa Weber hizo referencia a la Convención n° 155 de la Organización Internacional del Trabajo (1981), a la decisión de la Corte Suprema norteamericana en el caso *Brown v. Board of Education* (1954) y a extractos de doctrina extranjera para fundamentar su conclusión en el sentido del entendimiento que se consagró vencedor.

6. Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental n° 130 - Ley de Prensa

En su voto, el Ministro Gilmar Mendes hace referencia a la 1ª Enmienda a la Constitución de Estados Unidos y a la doctrina y precedentes norteamericanos, para reforzar su comprensión en cuanto a la dimensión de la libertad de prensa. También

se menciona el precedente de la Corte Constitucional de Alemania, a fin de identificar dos dimensiones de los derechos fundamentales: una subjetiva (o individual) y la otra objetiva (o institucional).

En la conclusión del juicio, se afirmó la prohibición de censura previa a la actividad de prensa, cuya libertad fue considerada esencial para el desarrollo de la cultura democrática y alternativa a la explicación o versión estatal de todo lo que pueda repercutir en el seno de la sociedad, garantizándose espacio de desarrollo del pensamiento crítico en cualquier situación o contingencia "(ítem 2 de la enmienda, DJe de 5/2/09).

Considerando que la decisión paradigmática ha fundamentado la naturaleza esencial de la libertad de información periodística para el proceso democrático en los derechos de personalidad referentes a la libre manifestación del pensamiento y de acceso a la información, la Suprema Corte consideró resguardados los derechos de personalidad relacionados con la intimidad, la vida privada, imagen y honor ante la subsistencia de la posibilidad de control a posteriori de la actividad de prensa ejercida libremente.

La ADPF 130 fue juzgada procedente para el efecto de declarar como no acogido por la Constitución de 1988 todo el conjunto de dispositivos de la Ley federal nº 5.250 / 1967 (conocida en Brasil como "Ley de Prensa").

7. Mandado de Injunción nº 708- Posibilidad del Supremo Tribunal Federal dictar una decisión con contenido normativo, posibilitando el ejercicio de derechos y libertades individuales constitucionalmente asegurados (artículo 5, LXXI, CF / 1988).

Entre los derechos y garantías fundamentales previstos en la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988, se destaca en ese trabajo el instituto del Mandado de Injunción (MI), consistente en garantía constitucional que tiene por

objetivo la colmatación de laguna legislativa capaz de inviabilizar el ejercicio de derechos y libertades constitucionalmente asegurados, así como de prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía (artículo 5, LXXI).

En el MI n° 708, el Ministro Gilmar Mendes hizo consignar, en sumario del juicio, la experiencia del derecho comparado como refuerzo de los fundamentos que condujeron a la evolución jurisprudencial del Supremo Tribunal Federal, en el sentido de adoptar solución normativa y concretizadora de norma instituida en la Constitución como fundamental, sin incurrir en violación del principio de separación de poderes (artículo 2° de la CF / 88). Ver:

"3. [...] HIPÓTESIS DE LA OMISIÓN LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL. MORA JUDICIAL, POR DIVERSAS VECES, DECLARADA POR EL PLENARIO DEL STF. RIESGOS DE CONSOLIDACIÓN DE TÍPICA OMISIÓN JUDICIAL EN LA MATERIA. LA EXPERIENCIA DEL DERECHO COMPARADO. LEGITIMIDAD DE ADOCCIÓN DE ALTERNATIVAS NORMATIVAS E INSTITUCIONALES DE SUPERACIÓN DE LA SITUACIÓN DE OMISIÓN. [] 3.4. La mora legislativa en cuestión ya fue, varias veces, declarada en el orden constitucional brasileño. Por eso, la permanencia de esta situación de ausencia de regulación del derecho de huelga de los funcionarios públicos civiles pasa a invocar, para sí, los riesgos de consolidación de una típica omisión judicial. 3.5. En la experiencia del derecho comparado (en especial, en Alemania e Italia), se admite que el Poder Judicial adopte medidas normativas como alternativa legítima de superación de omisiones inconstitucionales, sin que la protección judicial efectiva a derechos fundamentales se configure como ofensa al modelo de separación de poderes (CF, art. 2°)."

8. *Habeas Corpus* n° 82.424- Límites a la libertad de expresión cuando atentatoria a la dignidad del ser humano ya a la convivencia pacífica en el medio social

En una sentencia de casi 500 (quinientas páginas), hay una amplia referencia a documentos extranjeros e internacionales, con destaque para la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Resolución 217 A III), cuya aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948 influyó la redacción de varias cartas constitucionales en todo el mundo, entre ellas la actual Constitución

de la República Federativa de Brasil de 1988.

Con esta perspectiva, y valiéndose de la metodología del derecho comparado, el Supremo Tribunal Federal denegó el orden de habeas corpus impetrado con el objetivo de suspender la anotación de imprescriptibilidad del crimen del delito de discriminación practicado por el paciente, haciendo consignar en sumario de la sentencia el siguiente:

"HABEAS-CORPUS. PUBLICACIÓN DE LIBROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIMEN IMPRESCRIPTIBLE. CONCEPTOS. ABRANGENCIA CONSTITUCIONAL. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LÍMITES. ORDEN DENEGADA. 1. Escribir, editar, divulgar y comerciar libros "que hacen apología a ideas preconceituosas y discriminatorias" contra la comunidad judía (Ley 7716/89, artículo 20, en la redacción dada por la Ley 8081/90) constituye un delito de racismo sujeto a las cláusulas de inafianzabilidad e imprescriptibilidad (CF, artículo 5, XLII). [...] 4. Raza y racismo. La división de los seres humanos en razas resulta de un proceso de contenido meramente político-social. De ese presupuesto se origina el racismo que, a su vez, genera la discriminación y el prejuicio segregacionista. 5. Fundamento del núcleo del pensamiento del nacionalsocialismo de que los judíos y los arios forman razas distintas. Los primeros serían raza inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar la segregación y el exterminio: inconciliabilidad con los patrones éticos y morales definidos en la Carta Política de Brasil y del mundo contemporáneo, bajo los cuales se alza y se armoniza el estado democrático. Estigmas que por sí solo evidencian crimen de racismo. Concepción atentatoria de los principios en los que se erige y se organiza la sociedad humana, basada en la respetabilidad y dignidad del ser humano y de su pacífica convivencia en el medio social. Conductas y evocaciones antiéticas e inmorales que implican repulsiva acción estatal por revestirse de densa intolerabilidad, afrontando el ordenamiento infraconstitucional y constitucional del país. La adhesión de Brasil a tratados y acuerdos multilaterales, que enérgicamente repudian cualquier discriminación racial, allí comprendidas las distinciones entre las personas por restricciones o preferencias oriundas de raza, color, credo, descendencia u origen nacional o étnico, inspiradas en la supuesta superioridad de un pueblo sobre otro, de que son ejemplos la xenofobia, "negrofobia", "islamofobia" y el antisemitismo. 7. La Constitución Federal de 1988 impuso a los agentes de delitos de esa naturaleza, por la gravedad y repulsa provocada por la ofensa, la cláusula de imprescriptibilidad, para

que quede, ad perpetuam rei memoriam, verberado el repudio y la abyección de la sociedad nacional a su práctica. 8. Racismo. Amplitud. Compatibilización de los conceptos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos o biológicos, para construir la definición jurídico-constitucional del término. Interpretación teleológica y sistémica de la Constitución Federal, conjugando factores y circunstancias históricas, políticas y sociales que regulan su formación y aplicación, a fin de obtener el verdadero sentido y alcance de la norma. 9. Derecho comparado. A ejemplo de Brasil las legislaciones de países organizados bajo la égida del estado moderno de derecho democrático también adoptan, en su ordenamiento legal, castigos para delitos que estimulen y propaguen segregación racial. Manifestaciones de la Corte Suprema Norteamericana, de la Cámara de los Lores de Inglaterra y de la Corte de Apelación de California en Estados Unidos que consagraron entendimiento que aplican sanciones a aquellos que transgreden las reglas de buena convivencia social con grupos humanos que simbolizan la práctica del racismo. [...]13. La libertad de expresión. Garantía constitucional que no se tiene como absoluta. Límites morales y jurídicos. El derecho a la libre expresión no puede abarcar, en su amplitud, manifestaciones de contenido inmoral que implican ilicitud penal. 14. Las libertades públicas no son incondicionales, por eso deben ser ejercidas de manera armónica, observados los límites definidos en la propia Constitución Federal (CF, artículo 5º, § 2º, primera parte)”.