



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UNB
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

CARLOS HENRIQUE COSTA LEITE

**SUPREMACIA JUDICIAL E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL:
O CASO DA LEI DA ANISTIA**

BRASÍLIA – DF
2015

NOME: LEITE, CARLOS HENRIQUE COSTA

TÍTULO: Supremacia judicial e justiça de transição no Brasil: o caso da Lei da Anistia

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento _____ Assinatura: _____

Dedicatória e agradecimentos

Dedico esta dissertação a minha amada esposa, Mariana, que me apoia em todos os momentos da vida: sem ela não há sentido; a minha filha, Clarice, ainda por nascer e que tanto já amo; aos meus pais, irmãos e a minha querida tia, que sempre confiaram em mim e na minha capacidade; e aos meus amigos, com quem também compartilho as alegrias e tristezas do dia-a-dia e que, se Drummond os houvesse conhecido, diria: “Estão taciturnos, mas nutrem grandes esperanças!”.

Agradeço a todos que colaboraram direta ou indiretamente para a execução deste trabalho, especialmente aos professores da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília Juliano Benvindo, meu estimado e paciente orientador, que sempre instigou o raciocínio crítico desde a minha primeira visita à UnB; e Marcelo Neves, que me aceitou como aluno especial quando o projeto de mestrado ainda era um sonho distante e que, mesmo sem saber, mostra aos seus alunos como a dedicação e o esforço são o engenho dos grandes voos. Agradeço aos amigos que fiz na Advocacia-Geral da União, que me ajudaram com ideias, sugestões e revisões durante o desenvolvimento do tema, especialmente Marcelo Moura da Conceição, Diogo Palau dos Santos e João Paulo Lawall. Aos meus amigos desde sempre, Daniel Araújo, Nicolas Calheiros e Rafael Gomes de Santana, meu muito obrigado pelo tempo dedicado a me ouvir e a criticar o trabalho, imprescindível para o desenvolvimento do tema. Agradeço, ainda, a Deus, acima de tudo.

“Roma locuta, causa finita.”

(Agostinho de Hipona)

RESUMO

A supremacia judicial material consiste na atribuição da “última palavra” sobre a interpretação da Constituição ao Poder Judiciário de forma definitiva. Várias críticas, tanto normativas quanto empíricas, são extraídas dessa preposição, que tensionaria de forma pouco produtiva os limites entre democracia e constitucionalismo. No julgamento da ADPF 153, que tratou da possibilidade de persecução criminal a agentes do regime militar de 1964, a postura do Supremo Tribunal Federal ao entender aplicável a Lei da Anistia acabou cristalizando a discussão – própria da justiça de transição – com base em sua autoridade e seu método peculiar de decidir, fechando-se ao diálogo constitucional, o que, por sua vez, permitiria um enfrentamento mais maduro e menos traumático do tema. As diversas reações públicas e institucionais à decisão do STF na ADPF 153 confirmam a inadequação do modelo que o Poder Judiciário vem assumindo de guardião da “última palavra” sobre a Constituição.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Lei da anistia. Diálogos constitucionais. Justiça de transição. Supremacia judicial. Controle de constitucionalidade.

ABSTRACT

Judicial supremacy consists in the attribution of the “last word” on the interpretation of the Constitution to the Judiciary. However, several criticisms, both normative and empirical, are drawn from this preposition, which extracts little productivity of the boundaries between democracy and constitutionalism. When the Brazilian Supreme Court ruled the ADPF 153, which dealt with the possibility of criminal prosecution of the agents of the military regime, the posture adopted by the Supreme Court ended up crystallizing the discussion based on its authority and its peculiar decision method, closing any chance of constitutional dialogue, which would allow a more mature and less traumatic approach to the theme. Several public and institutional reactions to the Supreme Court ruling over the amnesty law confirmed the inadequacy of the approach that the Judiciary Branch has been assuming over the last decade as the guardian of the “last word” about the Constitution.

Keywords: Supreme Court. Amnesty law. Constitutional dialogues. Transitional justice. Judicial supremacy. Judicial review.

Sumário

| | |
|--|----|
| Introdução | 1 |
| 1. A “última palavra” sobre a interpretação da Constituição | 7 |
| 1.1 Considerações iniciais | 7 |
| 1.2 A ascensão do supremo Tribunal Federal ao posto de detentor da última palavra a respeito da Constituição | 8 |
| 1.3 A supremacia judicial na interpretação da Constituição como ponto de partida | 13 |
| 1.4 O argumento lógico: a supremacia da Constituição leva à supremacia do Judiciário.. | 15 |
| 1.5 O problema democrático: o papel contramajoritário do controle de constitucionalidade judicial..... | 18 |
| 1.6 A defesa da racionalidade judicial <i>versus</i> racionalidade legislativa | 22 |
| 1.7 O argumento empírico: cortes constitucionais trabalham bem com a defesa de direitos fundamentais quando analisam abstratamente as leis | 27 |
| 1.8 A questão da confiança: credibilidade institucional..... | 28 |
| 1.9 A supremacia judicial e a tese da manutenção da hegemonia política..... | 31 |
| 1.10 Diálogos constitucionais em contraposição à afirmação inequívoca da supremacia judicial..... | 34 |
| 2. Justiça de transição, Lei da Anistia e o seu projeto de ressignificação | 42 |
| 2.1 Considerações iniciais | 42 |
| 2.2 O cenário da criação da Lei da Anistia de 1979 | 42 |
| 2.3 Projeto de mudanças na justiça de transição brasileira: de “perdoar e esquecer” a “investigar e punir” | 46 |
| 2.4 A judicialização da justiça de transição: o julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal | 51 |
| 2.5 Reações ao julgamento da ADPF 153 | 56 |
| 2.5.1 O julgamento do caso Gomes Lund vs. Brasil pela Corte Interamericana de Justiça | 56 |

| | | |
|-------|---|-----|
| 2.5.2 | Investigações e ações movidas pelo Ministério Público Federal em face de agentes da ditadura..... | 59 |
| 2.5.3 | Recurso de embargos de declaração da CFOAB ao julgamento da ADPF 153 e nova ADPF movida pelo PSOL | 62 |
| 2.5.4 | Propostas legislativas | 63 |
| 2.5.5 | O relatório final da Comissão Nacional da Verdade..... | 65 |
| 3. | As consequências para a Justiça de Transição da atribuição da “última palavra” ao Supremo Tribunal Federal | 68 |
| 3.1 | Considerações iniciais | 68 |
| 3.2 | A análise histórica e a insuficiência do cumprimento do ônus deliberativo pelo Supremo Tribunal Federal..... | 69 |
| 3.3 | Assimilação da política da Justiça de Transição pelo Poder Judiciário | 72 |
| 3.4 | Cristalização da posição do STF por meio de argumentos constitucionais: o fechamento para o diálogo sobre Anistia | 77 |
| 3.5 | A inviabilização do amadurecimento constitucional relacionado a aplicação da Lei da Anistia | 82 |
| 3.6 | Perda de credibilidade do parlamento como <i>locus</i> da democracia e surgimento de novos atores institucionais | 89 |
| 4. | A Justiça de Transição na ausência de mecanismos de diálogo constitucional | 91 |
| 4.1 | Considerações iniciais | 91 |
| 4.2 | Justiça de transição, manutenção de <i>status quo</i> e a tensão entre democracia e constitucionalismo..... | 92 |
| 4.3 | Necessidade do incremento do uso de virtudes passivas pelo STF em situações de grande desacordo moral | 99 |
| 4.4 | Urgência na criação de mecanismos institucionais de diálogo constitucional | 102 |
| 5. | Conclusão | 107 |
| | Referências | 112 |

Introdução

“Este é um problema da Justiça!”¹. Assim se manifestou o então Presidente da República Inácio Lula da Silva diante de iniciativas de modificação ou de reinterpretação da Lei da Anistia no seio do seu governo, antes mesmo do julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal, em abril de 2010, confirmando a constitucionalidade daquela norma e consagrando o entendimento de que a anistia se aplica inclusive para os agentes do regime militar que, na época, cometeram graves violações de direitos humanos, como a tortura e o desaparecimento de pessoas.

No Brasil, a passagem de um regime político marcado pelo autoritarismo – que se estendeu do período de 1964 a 1985 – para um novo paradigma constitucional a partir de 1988², embalado pela noção do Estado Democrático de Direito³, é, hoje ainda, um tema que gera controvérsias e suscita importantes debates no campo da interpretação da Constituição e da aplicação e proteção dos direitos fundamentais.

Tal modelo de justiça transicional “à brasileira” é marcado pelo que se pode chamar de *transição por transação*⁴, isto é, um processo lento, no qual o próprio governo autoritário adotou medidas visando um gradual afrouxamento do regime e a manutenção do seu poder político durante e mesmo depois da transição. No curso dessa distensão, o regime conduziu a agenda da abertura para a democracia por meio de negociações com a oposição e manutenção do *status* político, com base em um discurso voltado para a promoção da “reconciliação nacional”, que marcou a própria forma de governo surgida após o fim do regime militar.⁵

¹ “Para Lula, Lei da Anistia é assunto da Justiça”, em O Globo, 10.01.10, disponível em: <http://oglobo.globo.com/politica/para-lula-lei-da-anistia-assunto-da-justica-3070982>, consulta em 06.01.2014.

² Um paradigma é espécie de marco interpretativo, um conjunto de ideias que, em certo momento histórico e lugar, ajustam a visão dos que praticam determinada ciência (CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do direito administrativo enfocado na ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício da teoria da constituição. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Ano 68, nº 2, Síntese: 2002, p. 74).

³ Referido paradigma seria caracterizado por um direito participativo, pluralista e aberto. Cf. CARVALHO NETTO, Menelick de. Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista Notícia do Direito Brasileiro*, v. 6, jul./dez. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 2000, p. 244.

⁴ MARENCO, André. Devagar se vai ao longe? A transição para a democracia no Brasil em perspectiva comparada. In: MELO, Carlos R.; SÁEZ, Manuel A. (org). *A Democracia Brasileira: balanço e perspectivas para o século 21*. Belo Horizonte: UFMG, 2007, p. 89.

⁵ Embora o novo regime seja claramente democrático, os mais autênticos proponentes de mudanças perderam força e o governo que deixava o poder controlou o processo de transição, assegurando que a democracia adote

Destaca-se o fato de que, no regime ditatorial em questão, observou-se, dentre outras conhecidas violações aos direitos⁶, a prática de torturas e do desaparecimento forçado de pessoas⁷ por atos de agentes do próprio Estado. Ocorre que, diferente do que ocorreu em outros países do Cone Sul que também passaram por regimes de exceção⁸, no Brasil, a responsabilidade pela prática de tais crimes permaneceu desconhecida e abstrata, afastando-se, em razão da vigência da Lei n. 6.683/79 (conhecida como Lei da Anistia), a possibilidade de persecução criminal dos agentes do Estado por tais práticas, bem como se mantendo restrito o acesso aos documentos atinentes a tais fatos⁹, sendo garantidas, todavia, reparações cíveis¹⁰ às vítimas pelos prejuízos causados.

Como ocorreu em outros países, no Brasil, após uma evolução conceitual da própria anistia, capitaneada por familiares, vítimas, sociedade civil organizada, e órgãos estatais, chegou-se a rediscussão do próprio conceito de anistia, de “perdão e esquecimento”, seu modelo inicial, para a construção de uma narrativa que passasse a buscar “justiça e verdade”, o que incluiria a persecução criminal dos agentes do regime pelo cometimento de violações graves a direitos humanos. Nesse contexto, destacou-se o papel político relevante do Supremo Tribunal Federal, confirmando seu discurso de “guardião da Constituição” e detentor da “última palavra” acerca de sua interpretação. O processo político de alteração da significância da anistia culminou, como vem ocorrendo com diversas matérias sensíveis no Brasil, com a judicialização do tema e a espera pela chancela do Supremo Tribunal Federal a respeito da questão.

regras institucionais distantes do ideal. Cf. ANDERSON, Lisa. *Transitions to Democracy*. New York: Columbia University Press, 1999, p. 155.

⁶ O Ato Institucional n. 5 de 1968 deu poderes ao Presidente da República para, por exemplo, decretar a suspensão dos direitos políticos de quaisquer cidadãos e cassar mandatos eletivos. Também suspendeu a garantia do *habeas corpus* nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular, bem como excluiu da apreciação judicial todos esses atos.

⁷ O Brasil já reconheceu mais de 38.000 casos de violações de direitos humanos no período merecedores de algum tipo de reparação do Estado. Cf. BRASIL. *Relatório Anual da Comissão de Anistia - 2010*. Brasília: Ministério da Justiça, 2010, p. 119.

⁸ Na Argentina e Chile, por exemplo, as leis de anistia que afastavam a responsabilização dos agentes estatais por violações de direitos humanos foram afastadas, a primeira, no caso Simón, e a segunda, no caso Lecaros Carrasco. Na Argentina, em idos de março de 2011, mais de 486 ex-militares já haviam sido presos (<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/894523-argentina-ja-tem-486-presos-da-ditadura-militar.shtml>). Em setembro de 2012, 14 ex-militares argentinos foram condenados à prisão perpétua (<http://www.jb.com.br/internacional/noticias/2012/09/13/argentina-condenados-militares-envolvidos-em-crimes-na-ditadura/>).

⁹ Lei nº 8.159/1991, que fixou prazo de 30 anos de sigilo para documentos relativos “à segurança da sociedade e do Estado”.

¹⁰ Lei nº 10.559/2002, que prevê a reparação econômica de caráter indenizatória para os anistiados políticos.

Assim, eis que, em abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal julgou (por sete votos a dois) improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 153, afirmando, em síntese, que a interpretação da Lei da Anistia como bilateral (afastando a persecução penal e a responsabilização de agentes do Estado pela prática, p.ex., de homicídio, tortura e desaparecimentos de pessoas durante a ditadura) não viola preceitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, como a dignidade da pessoa humana, o amplo acesso à justiça e a proibição da prática de tortura. Dos votos vencedores, vê-se que a Corte chegou a essa conclusão em razão de uma compreensão específica a respeito do que veio a ser a Lei da Anistia e a própria Constituição de 1988¹¹, no sentido de que resultam ambas de um acordo histórico¹², que deveria ser respeitado pelo Judiciário, realizado no sentido de promover a citada “reconciliação nacional” e permitir a redemocratização do país (conduzindo a ideia acima mencionada da *transição por transação*).

Com efeito, a reconciliação nacional que então se defendeu diz respeito à promoção de uma paz social pós-mudança de regime. Referida reconciliação, em verdade, se daria entre os opositores ao regime e os que conduziam o governo autoritário e apoiaram o modelo praticado, pressupondo-se que tal discurso enseja um *esquecimento* dos fatos do passado, em prol de um novo começo democrático.

No entanto, referida decisão, que viria a ser uma ratificação do modelo de transição praticado no Brasil, foi questionada, em um primeiro momento, pela condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em novembro de 2010, no caso “*Gomes Lund vs Brasil*”, em virtude do desaparecimento de integrantes da Guerrilha do Araguaia, na década de 1970, cujos corpos nunca foram entregues às famílias. A sentença da Corte asseverou que as disposições da Lei da Anistia são contrárias à Convenção Americana

¹¹ Nesse sentido, repare-se no que disse o Ministro Gilmar Mendes: “(...) vejam a dimensão que esse tema toma no contexto desse processo constitucional, desse processo constituinte. É como se tivéssemos aqui uma limitação material para o próprio constituinte dizer: A Constituição será feita, segundo esses parâmetros, e fica assegurada a anistia em toda a sua amplitude”. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 153. Relator: Ministro Eros Grau. Data de julgamento: 29 abr. 2010. Data da publicação: 06 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 30 ago. 2013. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 149.

¹² Refletindo, nos métodos de transição de regimes autoritários para democráticos, o binômio “investigar e punir” ou “perdoar e esquecer” (*prosecute and punish vs. forgive and forget*). Cf. SIKKINK, Kathryn; WALLING, Carrie Booth. The impact of human rights trials in latin america. In: *Journal of Peace Research*, Los Angeles, London, New Dheli, Singapore, vol.44, n.4, p.427-445, 2007, p. 435.

de Direitos Humanos, não podendo afastar o direito das famílias de demandar a investigação das violações de direitos humanos e a identificação e punição dos responsáveis.

Além do julgamento promovido pela Corte Interamericana, após o julgamento da ADPF 153, essa problemática se mostrou latente ante o recente alargamento do acesso à informação relativa aos fatos ocorridos durante o regime de exceção, com a publicação da Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011), que restringe o sigilo de documentos classificados como ultrassecretos; com a criação da Comissão Nacional da Verdade - CNV (Lei n. 12.528/2011), instalada em maio de 2012 e com relatório final publicado em dezembro de 2014, que teve por objetivo apurar graves violações de Direitos Humanos praticadas por agentes públicos no período de 1946 a 1988; com a realização de audiências públicas nas casas legislativas para discutir a revisão da Lei da Anistia¹³; bem como a instauração de investigações e ações penais em face de agente do regime de exceção, como, por exemplo, o decorrente de prática de sequestro e de tortura supostamente ocorrido em junho de 1971¹⁴.

E, apesar do que já foi dito pelo Supremo a propósito do julgamento da ADPF 153, os próprios atores políticos envolvidos no processo transicional possuem, no tema da anistia, a confiança no Supremo como sendo a única instituição que pode reverter o quadro vigente¹⁵, numa crença quase mística¹⁶ pela autoridade constitucional do Tribunal, reafirmando o que tinha dito o ex-presidente Lula, na manifestação que abriu esse capítulo introdutório: anistia é um problema da Justiça.

¹³ Cf. notícia do site do Senado Federal “*Revisão da Lei de Anistia é defendida em debate na Subcomissão da Memória*”, disponível em <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/08/26/revisao-da-lei-de-anistia-e-defendida-em-debate-na-subcomissao-da-memoria>, acessado em 05/01/2015.

¹⁴ Trata-se de denúncia criminal ofertada pelo Ministério Público Federal em face do Coronel reformado Carlos Ustra, ex-comandante do DOI-CODI de São Paulo. O Tribunal de Justiça de São Paulo confirmou a decisão que recebeu a denúncia e admitiu o processamento pelo crime de sequestro e prática de tortura, apesar das disposições da Lei da Anistia e do julgamento do STF na ADPF 153 (<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI6250142-EI306,00-Justica+aceita+denuncia+contra+Ustra+por+sequestro+na+ditadura.html>)

¹⁵ Como afirmou o próprio presidente da Comissão Nacional da Verdade quando da publicação do relatório final da comissão, em 14/12/2014: “Pedro Dallari diz que revisão da Lei da Anistia depende do Judiciário”, em http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/politica/2014/12/10/interna_politica,548333/pedro-dallari-diz-que-revisao-da-lei-da-anistia-depende-do-judiciario.shtml.

¹⁶ O que remete à citação que abre o presente trabalho, a propósito da confusão entre autoridade e crença na autoridade: “*Roma locuta, causa finita*”, literalmente, “Roma falou, a causa está encerrada”. Antes de se tornar brocardo latino utilizado no meio jurídico, a frase, que remete à discussão do papel da autoridade final decisória na hierarquia da Igreja Católica, foi dita de forma ligeiramente diferente, mas com o mesmo significado, por Agostinho de Hipona, em seu Sermão 131.10.

Mas, seria ela mesmo “*um problema da Justiça*” ou, na verdade, *o problema é a sua judicialização*? Após passados cinquenta anos do golpe cívico-militar, data bastante lembrada em 2014, em um momento em que se encontra em constante questionamento o discurso da reconciliação nacional chancelado pela decisão Supremo Tribunal Federal na ADPF 153, torna-se relevante resgatar a dificuldade de se creditar à Corte Constitucional a última palavra sobre esse aspecto da transição democrática brasileira. O foco desta dissertação será, portanto, o de analisar a posição do Supremo Tribunal Federal como último intérprete da Constituição, a sua relação com o julgamento da constitucionalidade da Lei da Anistia, bem como a compreensão das reações a esse julgamento.

Tem-se por hipótese a ideia de que a autoridade sobre a última palavra no caso, atribuída ao STF, gerou mais dúvidas do que certezas a respeito do processo de justiça transicional brasileiro, inclusive pelo fato de o Supremo, na condição de detentor da palavra final, parece ter fechado as portas de qualquer mudança, até pela via do processo legislativo¹⁷, ao mesmo tempo em que a persistente reação ao julgamento do Supremo, no caso, soa como uma paradoxal descrença à construção teórica que atribui a esta Corte a última palavra quando se trata da interpretação da Constituição. E se diz paradoxal pois, ao tempo em que se desacredita o Supremo como detentor da última palavra (recorrendo-se até à autoridade de decisões de cortes internacionais para rever a decisão do STF), ao mesmo tempo, depositam-se nele todas as esperanças de uma reinterpretação da legislação sobre anistia que permita uma evolução da justiça de transição no Brasil.

Para comprovar essa hipótese, o trabalho será dividido em quatro partes. Na primeira, aponta-se doutrinariamente como se conformou a noção de supremacia judicial e a detenção pelo Poder Judiciário da última palavra a respeito da interpretação constitucional, com destaque para o Supremo Tribunal Federal e a alternância de uma jurisprudência mais passiva, notadamente do período imediatamente posterior à Constituição de 1988, para outra, mais recente, de maior ativismo judicial e protagonismo no que diz respeito ao controle e mesmo criação de políticas públicas. Nesse ponto, apontam-se argumentos críticos à ascensão dos Tribunais a um domínio de poder político antes justificado e manifestado em larga escala por órgãos representativos, a exemplo do Poder Legislativo.

¹⁷ Faz-se referência às afirmações, nos votos dos Ministros que julgaram improcedente a ADPF, no sentido de que nem pela via legislativa poderia ser feita a alteração então pretendida na Lei da Anistia, ante a inconstitucionalidade de eventual medida que violasse a proibição da aplicação retroativa de lei penal mais gravosa.

No segundo capítulo, busca-se, com apoio em pesquisa doutrinária, pintar um quadro representativo da anistia política no Brasil, que culminou com a Lei da Anistia de 1979, a qual figura como importante peça do processo de transição democrática. Assinala-se como a compreensão que se possui sobre a anistia influencia diretamente a justiça de transição brasileira, destacando-se a passagem da compreensão da justiça de transição no Brasil enquanto “perdão e esquecimento” para um momento – atual – em que se busca, espelhando-se no exemplo internacional, “justiça e verdade”. Retrata-se como esse processo levou à judicialização da justiça de transição, o julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e à reação à deliberação – pretensamente definitiva – de entender a anistia como bilateral, geral e irrestrita, beneficiando inclusive os agentes do regime que praticaram atos atentatórios aos direitos humanos, como a prática de tortura.

No terceiro capítulo, retrata-se como a junção entre constitucionalização, judicialização extrema de questões políticas e uma postura específica do Supremo Tribunal Federal de pouca abertura para o diálogo institucional e grande “ansiedade” por deliberar de forma definitiva e ampla – como detentor da última palavra – as questões sensíveis que lhe são colocadas, desencadeou consequências negativas para o caminho que até então estava sendo trilhado pela justiça de transição no Brasil, gerando consequências paradoxais.

O quarto capítulo serve como fechamento ao trabalho, nele se discutindo a necessidade de incremento de medidas de diálogo institucional para propiciar uma tensão produtiva entre democracia e constitucionalismo, que acaba sendo obscurecida pela postura do Supremo Tribunal Federal que, autoproclamando-se o detentor da última palavra a respeito da Constituição, pretende encerrar o debate a respeito de questões morais altamente controvertidas e de pouco amadurecimento público, a exemplo do julgamento da ADPF 153. Conclui-se que, assim procedente, o STF não consegue infirmar as críticas, já apontadas, a respeito da supremacia judicial, fazendo com que custos e potenciais discursivos que poderiam servir para enriquecer um debate democrático a respeito da questão terminem por se esvair no objetivo único de contornar uma deliberação petrificada pela postura da Corte.

1. A “última palavra” sobre a interpretação da Constituição

1.1 Considerações iniciais

O papel da deliberação no processo político – e a ideia de que as decisões devem ser tomadas entre cidadãos livres e iguais – sempre acompanhou a democracia desde seu nascimento. O que variou, ao longo do tempo, foram as formas como se visualizou a própria deliberação e, sobretudo, aqueles que estavam autorizados a deliberar a esse respeito¹⁸.

Quando se fala em teorias da última palavra, a questão que permanece latente não é apenas quem deve decidir, em uma democracia, de forma definitiva sobre questões de direito e de justiça, mas, sim, como a atribuição dessa autoridade decisória às instituições públicas reflete a concepção de democracia que se pretende construir¹⁹. Assim, mais do que uma investigação sobre autoridade, a pergunta sobre a última palavra se dirige para as instituições política atuais, no sentido de questionar se é viável esperar delas uma resposta com algum grau de definitividade em relação aos desacordos sobre questões de direito e de justiça que existem na sociedade.

Nesse ponto, é importante frisar desde logo que não se discorda, no presente trabalho, da necessidade de se atribuir responsabilidades decisórias em uma democracia. O que se põe em jogo é a própria postura do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro, enquanto detentor da última palavra sobre a Constituição. O que se perde; o que se ganha? A que serve essa “ansiedade por autoridade”²⁰? No caso específico da declaração de validade da Lei da Anistia, a postura do Supremo, ao interpretar historicamente a Constituição, atribuindo à Lei da Anistia – e ao discurso da reconciliação nacional – a qualidade de fundamento da

¹⁸ MOUFFE, Chantal. *The democratic paradox*. Londres: Verso, 2000, p. 92.

¹⁹ Considerando, inclusive, o caráter “improvável” do regime democrático, como afirma Menelick de Carvalho, que se expõe sempre a riscos ínsitos às suas práticas, sob pena de se instaurar a ditadura. A respeito dela, diz com razão o autor, negando a existência de fórmulas institucionais pré-concebidas: “nada pode prepará-la, pode-se apenas buscar praticá-la e sempre de modo tendencial, a construir instituições que possam lidar com a possibilidade inafastável da burocratização, da corrupção, das tentativas de golpe, etc.” Cf. CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do direito administrativo focado na ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício da teoria da constituição. Op. cit., p. 68.

²⁰ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 181. Para o autor, “essa obsessão produziu um efeito teórico diversionista, que reduziu a análise de legitimidade a uma busca por quem seria detentor da autoridade mais alta” quando, talvez, quem decida em último lugar seja o fator menos relevante, ao se considerar o caráter prospectivo da política e a provisoriedade, a longo prazo, de todas as decisões de autoridade.

própria democracia nacional, passou ao largo da discussão a respeito da proteção de direitos fundamentais e encurtou o debate, tanto jurídico, nas diversas instâncias judiciais, como dentro da sociedade, na formação de uma razão pública a respeito do tema. Em razão disso, gerou-se um questionamento da força dessa decisão, por formas inclusive inusitadas (como a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, futuramente abordada), buscando-se até mesmo deslegitimar a autoridade do Supremo.

Para o escopo do presente trabalho, portanto, interessa analisar as teorias da última palavra no que afeta ao controle judicial de constitucionalidade de lei, ou *judicial review*, pois é ele que se apresenta em principal contraposição ao papel desempenhado pelo legislador na solução de questões de justiça de relevo constitucional, sendo também sobre tal dualidade que se debruçaram vários teóricos estudados ao longo da pesquisa.

O presente capítulo trata, inicialmente, da ascensão política do Supremo Tribunal Federal ao posto de detentor da última palavra em sede constitucional; após isso, cuida-se de analisar como se desenhou a possibilidade de as Cortes fornecerem soluções mais adequadas do que as soluções desenhadas pelo processo legislativo para determinadas questões de direitos, como vem se desenhando no Brasil, ao tempo em que se apontam as críticas desenvolvidas a tais fundamentos. Em seguida, expor-se-á o caso atinente à judicialização da reconceituação da anistia no contexto da justiça de transição, como exemplo dessa perspectiva de análise do fenômeno constitucional, especificamente no caso do julgamento da ADPF 153.

1.2 A ascensão do supremo Tribunal Federal ao posto de detentor da última palavra a respeito da Constituição

Não é de hoje que o Supremo Tribunal Federal possui autoridade para decidir de forma definitiva sobre a interpretação constitucional, atuando como Tribunal Constitucional, em competência estabelecida pelo texto constitucional²¹. O que acontece é que só recentemente esse Tribunal adotou métodos interpretativos e adquiriu poderio político para deliberar de forma consistente sobre desacordos morais em questões de justiça que, antes, eram reservadas à decisão de entidades dita representativas, a exemplo do Poder Legislativo.

²¹ No Brasil, desde a Constituição promulgada em 24 de fevereiro de 1891 há previsão de controle da constitucionalidade de leis, tendo dedicado os artigos 55 a 59 ao Supremo Tribunal Federal e estabelecido sua autoridade final para julgar recursos contra sentenças que contestassem a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição. Idêntica previsão encontra-se na Constituição de 1988.

Para chegar a esse patamar, deve-se ter em mente os fatores que possibilitaram o crescimento político do Judiciário para muito além da sua tímida participação durante todo o período republicano brasileiro, destacando-se o sistema de amplo *judicial review* adotado pela Constituição de 1988; um alinhamento institucional específico das competências dos órgãos estatais; bem como um extenso rol de direitos previstos no texto constitucional, que ganharam uma significação própria enquanto direitos subjetivos exigíveis pela via do Judiciário.

De fato, se durante o regime militar o Poder Executivo disciplinou a interpretação da Constituição e domesticou os demais Poderes, mormente após o AI-5 (com a cassação de mandatos eletivos e de ministros do STF, suspensão de garantias individuais e censura), eis que, sob a vigência da Constituição de 1988, a distribuição de poder político se viu fragmentada entre vários órgãos e o papel do Legislativo se asseverou como coadjuvante do Poder Executivo, que comandou produção de medidas legislativas, seja pela via da utilização de sua iniciativa para propositura de leis (em um amplo rol de matérias), seja pela aprovação de medidas provisórias (que por terem prioridade de apreciação guiaram várias vezes a pauta legislativa), seja pelo alinhamento²² de lideranças parlamentares, as quais detém elevado grau de controle sobre a aprovação, veto e planejamento da agenda de votação do Congresso Nacional²³. Agregando-se a isso o reforço de medidas de *soft law*, com a criação de agências reguladoras setoriais, que disciplinam muitas matérias antigamente creditadas à legislação ordinária, tem-se uma paulatina redução do espaço de atuação criadora do Congresso Nacional e de preponderância do Executivo, abrindo clara brecha para a ascensão política do Poder Judiciário.²⁴

Ademais, beneficiou sobremaneira o Supremo Tribunal Federal a decadência das teorias jurídicas positivistas que advogavam o papel politicamente neutro da atividade judicante e a racionalidade cartesiana na aplicação das normas, e a acolhida, pela teoria

²² Sem descurar das inúmeras crises éticas e de corrupção que ocorreram durante a vigência da Constituição de 1988, com inúmeros casos de compra de votos de parlamentares para aprovação de medidas legislativas, a exemplo da Ação Penal 470 (“escândalo do mensalão”, julgado pelo STF no decorrer do ano 2013, com condenação de 25 dos 37 réus acusados), que sem dúvida influenciaram de alguma forma no domínio do Executivo sobre a pauta legislativa.

²³ Rodrigo Brandão conclui que o Executivo é o principal legislador do país atualmente, apontando aí uma condição política específica que contribuiu para ascensão do Poder Judiciário no cenário político nacional. Cf. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre a interpretação da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 121.

²⁴ *Ibidem*, p. 118.

constitucional, de teses jurídicas pós-positivistas para solucionar problemas de interpretação da Constituição, marcadas pela conferência de exigibilidade imediata a princípios de grande largueza semântica existentes no texto constitucional²⁵.

Com base nelas, o Tribunal passou a desenvolver métodos interpretativos de grande impacto normativo, a exemplo da interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, ambas retratando a criação de cláusulas de exceção a situações não previstas na literalidade da norma, passando, em seguida²⁶, para sentenças aditivas e modificativas, em que há criação propriamente dita de hipótese de incidência da norma, destacando-se, aí, as proferidas em sede de declaração de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção, em que o Tribunal concedeu direitos na falta de norma regulamentadora, ainda que por analogia a leis já existentes²⁷.

Na trilha das chamadas sentenças aditivas, registre-se como o próprio Tribunal entendeu ser possível modificar a forma como se lê a Constituição, autoconcedendo-se uma permissão de alterar o próprio texto constitucional, à guisa de constituinte reformador, abraçando a tese da ocorrência de mutação constitucional (isto é, ao afirmar que houve alteração de sentido de norma constitucional pelo decurso do tempo), como foi o caso da mutação apontada no art. 52, inc. X, da Constituição²⁸, que prevê a necessidade de edição de

²⁵ Tais normas, antes vistas pela dogmática tradicional como meramente “programáticas”, isto é, funcionada como metas vocacionadas para orientar os Poderes ditos políticos, Executivo e Legislativo, passaram então a ser encaradas como exigíveis na forma de direitos subjetivos, incumbindo-se o Judiciário de lhes dar limites e de garantir sua aplicabilidade imediata.

²⁶ Nesse sentido, o voto do ministro Gilmar Mendes na ADI 1.351, de dezembro de 2006, explica a postura que o STF vem construindo acerca do seu papel criador e a intrínseca relação desse papel com a atribuição de força normativas aos princípios constitucionais: “(...) é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.” Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 1.351. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3510GM.pdf>. Acesso em 02.02.2015.

²⁷ O STF costumava entender que a declaração de inconstitucionalidade por omissão ou o deferimento de mandado de injunção resultava apenas na notificação ao Poder Legislativo para tomada de providências, em respeito à independência dos Poderes. Exemplo que já se tornou clássico da guinada de postura do STF nesse ponto foi a aplicação analógica da lei de greve do setor privado às greves no serviço público, que pendem até o momento de lei regulamentadora, no bojo da MI 708, julgado em outubro de 2008.

²⁸ No caso, o Supremo mudou seu entendimento já consolidado há anos sobre a constitucionalidade da Lei de Crimes Hediondos e, no julgamento do HC 82.956, permitiu a progressão de regime para os condenados com base nessa lei, considerando que a regra legal que proibia a progressão de regime viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena. Ao julgar a Reclamação n. 4.335, o Supremo decidiu

resolução do Senado Federal para atribuir eficácia *erga omnes* a dispositivo julgado inconstitucional pelo Supremo em controle difuso de constitucionalidade, provocando uma indistinção²⁹ entre as formas de controle de constitucionalidade.

No ponto, o destaque é que a inovação provocada pela decisão do Supremo causa contradições claras³⁰ com o texto constitucional, que previa instrumentos específicos para lidar com as dificuldades de se harmonizar as formas concentrada e incidental de controle de constitucionalidade, seja pelo modelo desenhado no próprio art. 52, inc. X, no qual o constituinte originário exigiu ação do Poder Legislativo para atribuição de eficácia *erga omnes* à decisão tomada em controle difuso; seja pela criação da sistemática da súmula vinculante (art. 103-A) pelo constituinte reformador pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que prevê procedimento específico para criação de mecanismo de vinculação das decisões do Supremo tomadas em sede de controle difuso; daí ganhar força a afirmação de que, no ponto, o STF atuou de forma muito mais próxima ao constituinte originário do que de mero intérprete.

Decisões mais recentes do Tribunal reforçam ainda mais a adoção do papel destacado do Supremo Tribunal Federal no âmbito dos poderes políticos, envernizando a figura do “guardião da Constituição” e “detentor da última palavra” que o próprio Tribunal adota publicamente, a exemplo da decisão sobre a constitucionalidade da “cláusula de barreira”, bem como do deferimento da extradição do italiano Cesare Battisti. Para Rodrigo Brandão, há uma inversão de competências entre Poderes nesses dois casos, no primeiro, por ter o Tribunal, para além da deliberação sobre o ponto específico da cláusula de barreira, proposto *standards* voltados para pautar a futura deliberação parlamentar sobre outros aspectos da reforma política; o segundo, por suplantar compreensão da matéria conferida pela Constituição a outro Poder (Executivo), independentemente do quão distante é a sua exegese do sentido literal da Constituição e da razoabilidade da interpretação levada a cabo pela autoridade competente³¹.

por estender os efeitos da decisão, tomada em controle difuso, para todos os condenados (*erga omnes*), como se se tratasse de controle concentrado.

²⁹ Oscar Vieira aponta esse caso com um exemplo de atuação “supremocrática” do STF. Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: *Revista Direito GV*, jul-dez 2008, São Paulo, p. 455-456.

³⁰ BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit., p. 164.

³¹ *Ibidem*, p. 167 e 175

Assim, no Brasil, fatores políticos aliados a esforços da teoria jurídica pós-positivista construíram um cenário adequado para que o Supremo Tribunal Federal encontrasse espaço para empreender um projeto de domesticação da interpretação da Constituição Federal, atuando de uma forma monopolística inclusive com desapego e ausência de deferência a interpretações constitucionais manifestadas por outros braços do poder político³².

Nesse contexto, vê-se que o Supremo Tribunal Federal construiu ao longo dos vinte e cinco anos de interpretação da Constituição um léxico jurídico próprio que lhe permitiu a conquista definitiva da última palavra sobre interpretação constitucional, ganhando, inclusive, inegável reconhecimento e credibilidade institucional³³, tendo sua forma de interpretação jurídica destacada participação na criação da sua figura pública de defensor de minorias políticas e garantidor de direitos fundamentais³⁴. Trata-se, assim, da edificação de um perfil “*juriscêntrico*”³⁵ da democracia no Brasil, que acaba por reduzir a interpretação constitucional à atividade judicial ou, ainda, a desconsiderar a interpretação da Constituição que ocorra fora das cortes.

Como se verá adiante, esse modelo “*juriscêntrico*” possui relação intrínseca com a forma como ocorreu a transição do regime anterior para a atual democracia, refletindo, por sua vez, na própria interpretação dada pelo Tribunal ao papel da anistia na construção do regime democrático, quando do julgamento da ADPF 153. Antes disso, porém, é importante analisar as construções teóricas que, de forma geral, levam a se atribuir ao Judiciário a última palavra sobre a interpretação da Constituição, para, uma vez desenhado um panorama sobre o tema, extrair seus principais pontos positivos e negativos. Em seguida, tecem-se comentários sobre uma forma intermediária de se debater a questão: a implementação do diálogo constitucional.

³² Interessante observar que ainda é tímida, apesar de crescente, um processo de teorização crítica acerca do ativismo do Supremo Tribunal Federal. Decerto que tal crítica se encontrava bastante distante da teoria constitucional brasileira justamente pelo fato de o STF, em uma posição de elevado *self restraint*, até recentemente ter se mostrado politicamente pouco ativo. Cf. *Ibidem*, p. 136.

³³ No Brasil, a função do Judiciário de prestador de serviços de solução de conflitos privados é encarada com pessimismo e ansiedade, em uma crise de sua ineficiência, ao passo em que o engajamento desse Poder em questões de controle de políticas públicas passou a ser visto com otimismo, simbolizando um canal de representação de minorias e grupos sociais excluídos. Cf. VERISSIMO, Marcos P. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. *Revista Direito GV*, v. 4, p. 407-440, 2008, p. 411.

³⁴ Embora tais assertivas, principalmente do papel do controle de constitucionalidade para defesa de direitos, possam ser criticadas empiricamente, como se verá no terceiro capítulo.

³⁵ BRANDÃO, Rodrigo. *Op. cit.*, p. 169.

1.3 A supremacia judicial na interpretação da Constituição como ponto de partida

O Aqui não se pretende discutir o papel do Poder Judiciário para resolver conflitos privados, uma função que se pode dizer bem mais rotineira e antiga desse poder. A discussão principal gira em torno de outro papel, uma competência específica voltada para o controle das ações dos outros poderes da República, a qual, como visto no tópico anterior, ganhou destaque no âmbito do Supremo Tribunal Federal e culminou com a construção de uma cultura democrática que se pode dizer “juriscêntrica”.

Esse papel encontrou assento originariamente na doutrina constitucional do esquema de divisão de poderes, baseado no conceito de *checks and balances* – pesos e contrapesos – traçado pelos federalistas americanos e que foi largamente copiado ao longo dos séculos XIX e XX em diversos países ocidentais, inclusive o Brasil³⁶. Segundo a vigamestra dessa teoria sobre o Estado, os diversos braços de poder estatal devem agir de modo que um controle os atos do outro.

Para os federalistas, um conceito-chave é o de que os Poderes instituídos são representados por pessoas, as quais competem entre si por força e espaço políticos, motivados por um interesse próprio de natureza egoística. Essa visão da humanidade vinculada à uma ganância sem limite serviria para o bem da estabilidade da democracia, ao contrário do que se poderia supor a princípio, pois limita a soberania popular para evitar o risco das facções e de uma tirania das majorias³⁷. Assim, afirmando tais interesses egoísticos é que se teria a melhor forma de garantir que um poder irá exercer controle sobre os excessos cometidos pelo outro, na medida em que ambos permaneceriam em constante disputa.

Ocorre que, embora não constasse nos planos originais dos federalistas – especialmente de Madison (que acreditava em certa preponderância do Legislativo, ante seu vínculo com a soberania popular) – o constitucionalismo acabou por alavancar o Poder Judiciário a um patamar de relevância indiscutível, atribuindo-lhe a incumbência de exercer o

³⁶ LIMA, Rogério de Araújo. Os artigos federalistas: a contribuição de James Madison, Alexander Hamilton e John Jay para o surgimento do Federalismo no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 48 n. 192 out./dez. 2011. Brasília: Senado Federal, 2011, p. 132.

³⁷ Para Madison, “a mera demarcação do papel dos limites constitucionais dos vários poderes não é uma salvaguarda suficiente contra aqueles abusos que levam a uma concentração tirânica de todos os poderes de governos nas mesmas mãos”. Cf. JAMES, Madison. *Os artigos federalistas*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, Federalista XLIII, p. 342.

controle político-jurídico da atividade dos demais Poderes de forma definitiva, com o poder para interpretar de forma final a Constituição e afastar deliberações do legislador³⁸.

Esse raciocínio é central para se discutir o reforço institucional que o Poder Judiciário vem recebendo ao longo do tempo no que diz respeito ao seu papel de decidir questões políticas cruciais, fenômeno que não se restringe aos Estados Unidos – onde nasceu a figura do *judicial review*³⁹ – mas alcança outros países e, especialmente no que diz respeito ao presente trabalho, ao Brasil das últimas décadas⁴⁰. Esse empoderamento do Judiciário tomou de tal maneira a condução da forma como se pensa o direito que, nos países em que o *judicial review* é adotado, soa estranho discutir o próprio significado e sentido da Constituição sem ter em mente aquilo que as Cortes decidem: a Constituição é aquilo que os juízes dizem que ela é.⁴¹

Para alguns, a ascensão do Judiciário nas democracias modernas é a consolidação e consequente evolução da mencionada teoria dos freios e contrapesos aliada à ideia de supremacia da Constituição, isto é, sua necessária observância por todos que manifestam, de algum modo, o poder público (não sendo a ninguém, nem ao legislador, permitido fechar os olhos aos comandos da Constituição). A justificativa para que o Judiciário exerça controle sobre as manifestações oriundas dos representantes eleitos do povo – expressões da soberania popular – residiria, ainda, na ideia de falibilidade do legislador e do consequente mau uso do poder político, entre tantos outros argumentos.

Não cabe, aqui, reproduzir todos os fundamentos voltados para a defesa seja do Judiciário seja do Legislativo como detentor da última palavra em matéria de interpretação constitucional. Nesse ponto, Conrado Hübner Mendes desenvolve extenso mapa de fundamentos que se inclinam para legisladores e parlamentos e atacam os juízes e as cortes e

³⁸ BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 51 Número 201 jan./mar. 2014. Brasília: Senado Federal, 2014, p.73.

³⁹ Trata-se do sempre mencionado caso *Marbury vs. Madison*, decidido em 1803 pela Suprema Corte americana pelo seu então presidente, juiz John Marshall.

⁴⁰ CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo Judiciário e democracia. *Alceu*, v. 5, n. 9, jul./dez. 2004, p. 105-106.

⁴¹ A célebre frase foi dita pelo então Governador de Nova Iorque e futuro presidente da Suprema Corte norte-americana Charles Evans Hughes, em discurso na Câmara de Comércio, no dia 3 de maio de 1907: “We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is, and the judiciary is the safeguard of our liberty and of our property under the Constitution.”. Cf. HUGHES, Charles Evans. *Addresses and papers of Charles Evans Hughes, governor of New York*. Nova Iorque: 1908, p. 139.

também o inverso⁴², na busca deste autor em contrapor “o argumento mais forte em favor da supremacia judicial e o argumento mais forte pela supremacia legislativa”⁴³, para depois analisar a possibilidade de coexistência entre ambas sem necessária excludência, tese que será explorada nesse trabalho.

Para o presente trabalho, que se volta para o caso brasileiro e, mais especificamente, para o tratamento dado ao julgamento da ADPF 153, importa contrastar as visões relacionadas ao paradoxo entre o constitucionalismo e suas limitações à soberania popular, que se reflete especialmente na indagação sobre quem cabe interpretar, em definitivo, a Constituição: busca-se analisar o pressuposto de que a decisão do Supremo é a definitiva, o que faria vistas grossas para o processo de mudança institucional que se desenha no que tange à justiça de transição, consideradas às reações ao julgamento da ADPF 153. Claro que, ao tratar de soberania popular e democracia, nota-se uma inter-relação nítida entre as justificativas teóricas a seguir apresentadas, o que, todavia, não retira o valor do agrupamento que será a seguir realizado para fins de melhor compreender a forma como se estrutura, se defende e se critica a noção de supremacia judicial na interpretação da Constituição.

1.4 O argumento lógico: a supremacia da Constituição leva à supremacia do Judiciário

Pergunta-se: a supremacia da Constituição equivaleria a uma supremacia da Corte, no sentido de que a única interpretação válida da Constituição seria aquela proferida pelos Tribunais Supremos, a exemplo do Supremo Tribunal Federal?

No citado caso *Marbury vs. Madison*, a Suprema Corte americana, em decisão do juiz Marshall, embasou a possibilidade de controle de constitucionalidade judicial, o *judicial review*, na supremacia da Constituição americana em face dos atos legislativos ordinários, buscando justificar o dever atribuído ao Poder Judiciário de verificar referida compatibilidade sob um ponto de vista lógico-textual⁴⁴: se as leis que violam as constituições são nulas e a

⁴² MENDES, Conrado Hübner. Op. cit., p. 67

⁴³ Ibidem, 66.

⁴⁴ Disse ele: “Between these alternatives there is no middle ground. The Constitution is either a superior paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the Constitution is not law: if the latter part be true, then written constitutions are absurd attempts on the part of the people to limit a power in its own nature illimitable. (...) Thus, the particular

Constituição vincula e dita a atuação das Cortes (como de todos os outros setores do Estado), tem elas a obrigação de declarar tal incompatibilidade.

Essa noção de supremacia da Constituição, capaz de justificar o *judicial review*, é desenvolvida por Bruce Ackerman, em *We the people*: nem toda decisão política tomada pela via da representação traz a mesma carga de legitimidade e de vinculação⁴⁵. Haveria duas espécies de decisão política: a *política constitucional*, simbolizando aqueles momentos históricos críticos nos quais o “Povo” altamente mobilizado é chamado a se manifestar sobre questões políticas fundamentais⁴⁶, e a *política comum*, por meio da qual os representantes eleitos – o “Governo” – simplesmente adotam medidas para gerir a coisa pública por força da confiança que receberam do povo, dentro dos limites da Constituição, com alto grau de discricionariedade.

A *política constitucional* ocorre raramente, pois necessita do cumprimento de rigorosos requisitos, enquanto que as decisões da *política comum* são frequentes no cotidiano político de qualquer democracia. Essa *democracia dualista* é pensada pelo autor para evitar o que chama de *democracia coercitiva*, a qual permitiria que os políticos eleitos abusassem de sua autoridade em razão da vitória que obtivessem nas urnas e, com isso, subvertessem garantias conseguidas pelo povo em momentos críticos, de alta mobilização popular. O “Povo”, para o autor, não existe na normalidade política, entre os intervalos de política constitucional, pois a população normalmente se encontra interessada em outros assuntos⁴⁷. Há, assim, uma continuidade da ideia dos federalistas e de Marshall de supremacia da Constituição (“Povo”, *política constitucional*) sobre a vontade legislativa (“Governo”, *política comum*), embora com uma roupagem renovada.

Nesse quadro, a Corte Suprema e o *judicial review* crescem enquanto mantenedores das garantias da política constitucional em face da política comum. Ao mesmo tempo, a Corte, ao olhar para o passado e confirmar o legado deixado pelo “Povo” nos momentos de política constitucional, alertam os representantes eleitos e a opinião pública

phraseology of the Constitution of the United States confirms and strengthens the principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the Constitution is void; and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument.” cf. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137; 2 L. Ed. 60 (1803).

⁴⁵ ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

⁴⁶ No caso norte-americano, cita o autor a Fundação, a Reconstrução (emendas constitucionais após a guerra civil) e o *New Deal* como momentos em que o Povo se manifestou constitucionalmente. Cf. *Ibidem*, p. 40.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 263.

sobre a necessidade de realizarem uma autoanálise crítica e de, se assim for o caso, mobilizarem-se politicamente para repensar a sua identidade coletiva enquanto cidadãos e procederem à alteração legítima desses preceitos fundamentais⁴⁸.

Ocorre que a posição dos federalistas, de Marshall e da teoria da democracia dualista de Ackerman, que possuem semelhante base teórica, focada na ideia de que o “Povo” em um momento constitucional crítico estabeleceu um núcleo básico de padrões para as futuras gerações, sofre ao menos de problemas de ordem histórica, intertemporal e interpretativa.

Do ponto de vista histórico, no próprio caso dos Estados Unidos (e de outras democracias atuais), é difícil afirmar que uma Constituição reflita a vontade do povo⁴⁹, ainda que, com o passar do tempo, a ausência de contestação desse “momento constitucional” por parte de grupos que não se sentiram representados sirva como aceitação tácita⁵⁰ do que restou consagrado no texto da Constituição.

Além desse problema histórico, há o problema da intertemporalidade: a valorização exagerada do momento constituinte normalmente extrai forças de uma mobilização popular abrangente. Ocorre que essa mobilização sofre inexorável ação do tempo. Como chamar de “atual vontade soberana do povo” as opções morais realizadas no passado? Ainda que existam mecanismos de “atualização” da vontade soberana do povo (por exemplo, emendas à Constituição), a presença, por exemplo, de cláusulas pétreas na Constituição brasileira simbolizaria a impossibilidade de mudança de certas opções dos constituintes, só passíveis de desmanche com a edição de nova Constituição. Afirmar que a insatisfação com alguma cláusula pétrea seguida de uma ausência de mobilização política para uma constituinte signifique a aceitação tácita dessa limitação constitucional soa politicamente ingênuo, dados os diversos fatores sociais e político-institucionais necessários para o início de um processo constituinte. Ademais, tal concepção engessaria a soberania de futuras gerações. Como afirma Cass Sunstein,

⁴⁸ Ibidem, p. 264,

⁴⁹ GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Ariel, 1996, p. 54.

⁵⁰ ACKERMAN, Bruce. Op. cit., p. 315-316. O autor cita o caso de mulheres e negros, excluídos do momento de fundação constitucional, mas que graças à linguagem constitucional nela consagrada tiveram condições posteriormente de serem incluídos na cidadania de forma integral, sem que, de posse disso, tenham repudiado a tradição constitucional legada pelos fundadores.

a mudança constitucional não é meramente um produto de ‘momentos’ em que cidadãos mobilizados suportam reformas em grande escala. Há uma continuidade de pequenas mudanças, produzidas em períodos de relativa estabilidade, para as principais, produzidas quando crises ou movimentos sociais clamam por mudanças.⁵¹

Por fim, a supremacia da Constituição, isto é, do momento de *política constitucional*, sobre a *política comum*, esbarra no difícil papel da interpretação do passado. Nesse ponto, não parece haver sentido em acreditar que essa interpretação seria melhor realizada por atores políticos não eleitos e irresponsáveis eleitoralmente do que por outro grupo de atores políticos, eleitos e responsáveis perante o povo, a ponto de permitir que esses primeiros declarem a inconstitucionalidade das manifestações dos segundos. A ideia de supremacia da Constituição, assim, acaba substituindo o “Povo” pelo Poder Judiciário, o qual, sob o pretexto de interpretar o passado, acaba moldando o presente com sua concepção própria de Constituição⁵².

Assim, ainda que coerente a afirmação de que a Constituição sobrepõe-se aos atos legislativos ordinários, não haveria nela nada que apontasse qual órgão deve ser chamado para resolver de forma definitiva o impasse entre as diversas concepções acerca do que é ou não constitucional. A mera ideia de supremacia da Constituição não oferece resposta para essa pergunta, seja apontando para o Parlamento, seja para o Judiciário⁵³. Assim, para os críticos dessa concepção, supremacia da Constituição não equivaleria a supremacia do Judiciário, ao menos não do ponto de vista lógico.

1.5 O problema democrático: o papel contramajoritário do controle de constitucionalidade judicial

A ideia de um Tribunal afastar a aplicação de legislação aprovada pelo Parlamento pode ser vista como a mola propulsora que institucionaliza o embate entre a soberania popular e o constitucionalismo. De que forma se concede autoridade decisória à Corte para afastar a aplicabilidade de decisões majoritárias?

⁵¹ SUNSTEIN, Cass. *A constitution of many minds – why the founding document doesn’t mean what it ment before*. New Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 5-6.

⁵² *Ibidem*, p. 59

⁵³ Assim, não é correto afirmar que em países nos quais não existe o *judicial review* não haveria supremacia da Constituição.

Ronald Dworkin responde construindo uma teoria da justiça centrada em direitos, de ampla repercussão acadêmica, pressupondo a existência de direitos e deveres de cunho moral que não são expressos pelo direito e devem ser interpretados e impostos pelos tribunais.

O autor indica uma *leitura moral* da Constituição e atribui essa leitura, em última instância aos juízes, ante a necessidade de se estabelecer uma autoridade definitiva para extrair referida interpretação. Para contrapor os argumentos que apontam o risco de arbitrariedade na confusão entre direito e moral na leitura proposta por Dworkin, ele cria as figuras do “direito como integridade” e do “romance em cadeia”, que orientariam a atuação dos juízes na interpretação constitucional. Assim, não poderiam os juízes extrair dos princípios morais abstratos da Constituição suas próprias convicções, como se tais princípios não tivessem significado próprio, pois os juízes devem manter coerência com o desenho estrutural da Constituição e com as interpretações feitas por outros juízes no passado⁵⁴.

Por fim, para justificar a atuação do Judiciário no controle de constitucionalidade em um procedimento contramajoritário, o autor estabelece uma distinção entre duas classes de decisões de natureza política, as *sensíveis* e as *insensíveis* à escolha. A primeira envolve soluções que dependem apenas das preferências da comunidade. A segunda classe, das insensíveis, independe dessas preferências, sendo todos os argumentos igualmente fortes tanto em um sentido como em outro da decisão (e aí cita o autor, como exemplo, o caso do aborto).

Para ele, então, inviabiliza-se uma democracia que permitisse o controle de decisões políticas sensíveis, pois as respostas corretas, neste tipo de questão, só podem ser dadas pela maioria política. As outras, todavia, podem ser controladas pelo Judiciário, utilizando, para tanto, outra de suas distinções clássicas, a que diferencia argumentos de princípio (vinculados a direitos) e argumentos de política (vinculados aos benefícios dirigidos a uma comunidade específica). Os juízes devem agir com base em argumentos vinculados a direitos, que servem como *trunfos* em face de argumentos de política.⁵⁵

Assim, o Judiciário serve como “guardião da constituição”, atuando de forma contramajoritária: fazendo prevalecer os direitos morais – trunfos – que nela se encontram expressos ainda que em contraposição à vontade da maioria política, antes de prejudicar a

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 15.

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 371-408.

democracia, ajudaria a consolidá-la. Para o autor, o ganho para as minorias seria sensível com a transferência de poder político às Cortes, já que o perfil majoritário do legislativo funciona normalmente de forma contrária aos interesses das minorias ou, quando muito, apenas ignoram sua existência⁵⁶. Além disso, a adoção da premissa majoritária legislativa não traz benefício maior que o da premissa da supremacia do Judiciário, visto que as possibilidades de erro seriam simétricas⁵⁷, e o ganho para as minorias seria maior no segundo caso.

Embora de ampla repercussão acadêmica, como dito, o maior problema dessa concepção a respeito da questão da representatividade democrática no controle de constitucionalidade judicial é o foco nos resultados (daí seu caráter substantivista), o que deriva da concepção moral da Constituição traçada por Dworkin. Para o autor, existe uma premissa de que o *judicial review* encontrará *respostas corretas* na interpretação adequada do conteúdo moral da Constituição. Para a hipótese em que o Judiciário se equivoca, a resposta de Dworkin, como visto, é de que há idêntico prejuízo à democracia no caso da manutenção de leis inconstitucionais feitas pelo Parlamento e que não passam pelo crivo do Judiciário. Na ausência de método para saber sobre acerto e desacerto das decisões, imuniza-se a atividade do controle de constitucionalidade, criando-se espécie de *decisionismo* judicial⁵⁸.

Daí porque os autores que centram sua concepção de democracia nas formas e procedimentos ao invés de focarem no conteúdo das deliberações democráticas facilmente encontram críticas à proposta de Dworkin.

Habermas, por exemplo, propõe um modelo de democracia procedimentalista na qual a jurisdição constitucional teria por função assegurar o funcionamento do jogo político democrático, permitindo que em cada momento histórico os sujeitos de direito possam compreender seus problemas e realizar suas escolhas valorativas⁵⁹. O autor busca demonstrar que o principal perigo de se misturar juízos axiológicos e argumentos normativos, como propõe Dworkin, é o de tomar preferências intersubjetivas como sendo valores objetivos evidenciados pela atividade cognitiva dos juízes, atribuindo-lhes assim caráter universal⁶⁰.

⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Oxford University Press, 1985, p. 27-28.

⁵⁷ DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade*. Op. cit., p. 50.

⁵⁸ MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'*. In: *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, nov 2000, p. 186.

⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 190.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 255.

Para Habermas, isso prejudicaria a autonomia dos cidadãos, pois um discurso jurídico pretensamente neutro mascararia padrões morais próprios do Judiciário, o que retiraria a racionalidade do processo, já que dificilmente tais concepções de bem seriam consensuais em uma sociedade pluralista⁶¹. O autor censura Dworkin, assim, pela sua excessiva confiança na “antropologia das tradições”, encarnadas na interpretação da comunidade de princípio por parte do sobrecarregado juiz “Hércules”, tutor do direito enquanto integridade.

Ademais, registre-se, ainda, a crítica às teorias que buscam igualar princípios constitucionais a valores⁶², fazendo com que a Corte se esqueça da vinculação normativa que deve existir entre Estado de Direito e democracia, pois interpretações constitucionais orientadas por valores “desconhece[m] não apenas o pluralismo das democracias contemporâneas, mas fundamentalmente a lógica do poder econômico e do poder administrativo”⁶³ que dialogam no processo democrático de formação do direito.

O Tribunal que assim interpretasse a Constituição encontrar-se-ia livre para resolver os conflitos sociais como objetos cujo conteúdo já está previamente decidido na Constituição “corretamente” interpretada, disfarçando seu decisionismo sob o manto de uma “ordem de valores” submetida à Constituição. A Constituição, portanto, deixa de ser compreendida como um documento de institucionalização de garantias fundamentais das esferas de liberdade nos processos políticos e sociais e torna-se um texto fundamental a partir do qual, a exemplo dos textos sagrados, os sábios deduzem diretamente os valores e comportamentos corretos, em uma espécie de “teologia constitucional”⁶⁴.

Ingeborg Maus pinta a cena com cores ainda mais fortes ao afirmar que o Judiciário [alemão] pode ter assumido a figura de “pai” de uma “sociedade órfã” ao se tornar a mais alta instância moral da sociedade e passar a escapar dos mecanismos de controle social (aos quais todas as instituições do Estado devem ser subordinados em uma democracia).

⁶¹ Ibidem, p. 259.

⁶² Como em Alexy. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

⁶³ CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo Judiciário e democracia. *Alceu*, v. 5, n. 9, jul./dez. 2004, p. 109.

⁶⁴ MAUS, Ingeborg. Op. cit., p. 192.

Instigando a crítica a respeito da questão, a autora pergunta se, em sua atual conformação, além de substituta do imperador, a Corte não teria se tornado o próprio monarca substituído⁶⁵.

As críticas à busca pelo fundamento moral do direito e à interpretação constitucional orientada a valores são temperadas por restrições impostas pelos próprios teóricos das Teorias dos Princípios, como as recepcionadas pelas teorias pós-positivistas no Brasil e citadas no tópico anterior. Com efeito, Dworkin rebatia as críticas ao acima mencionado *decisionismo judicial* ao reiterar a necessidade da construção de uma consistente doutrina de precedentes, como requer a aplicação da noção de direito como integridade⁶⁶. Alexy, por sua vez, embora defenda a utilização do método do balanceamento, tal qual utilizada pelo STF, aponta sérias objeções à sua aplicação mediante a análise das discricionariedades estrutural e epistêmica do legislador⁶⁷. No caso brasileiro, tanto a construção de uma sólida doutrina de precedentes quanto as preocupações trazidas juntamente com a teoria do balanceamento proposta por Alexy são invariavelmente deixadas de lado, aumentando a carga de críticas à postura adotada pelo STF no exercício do controle de constitucionalidade enquanto adequado e necessário método contramajoritário⁶⁸.

1.6 A defesa da racionalidade judicial *versus* racionalidade legislativa

Há também uma ampla defesa do método utilizado pelos juízes para lidar com questões de direito em detrimento do raciocínio legislativo, sendo que, a “perspectiva da corte, quando lida com direitos fundamentais, te[ria] maior probabilidade de acerto e menor risco de erro grosseiro”⁶⁹. A esse propósito, afirma Dworkin categoricamente que a técnica de

⁶⁵ Ibidem, p. 187.

⁶⁶ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. (Trad.) Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fonte, 2003, p. 199-201.

⁶⁷ Alexy afirma que a adoção de uma constituição puramente material, contendo proibições e deveres para todas as situações, não deixa margem alguma de liberdade ao legislador para decidir, eliminando qualquer tipo de discricionariedade (estrutural), o que violaria “o princípio da competência decisória do legislador democraticamente legitimado”. Da mesma forma, ele compreende que há igualmente uma discricionariedade epistêmica ou cognitiva, que se configura quando não é possível o conhecimento acerca daquilo que é proibido, permitido e facultado pela Constituição, decorrendo ela, portanto, não dos limites do que a Constituição proíbe ou faculta, mas dos limites da capacidade de se conhecer tais limites. Cf. ALEXY, Robert. *Op. cit.* p. 581-582 e 626.

⁶⁸ BRANDÃO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 178.

⁶⁹ MENDES, Conrado Hübner. *Op. cit.*, p. 79, expondo, embora sem defender, essa linha de pensamento.

buscar consistência especulativa em um pedido baseado em direito é muito mais desenvolvida nos juízes dos que nos legisladores e na massa de cidadãos que elegeram esses legisladores⁷⁰.

De fato, o positivismo jurídico passou a desprezar o papel da legislação na conceituação do direito, valorizando o papel do Tribunal como instituição que reconhece o que vem a ser o direito⁷¹. A especialização dos juízes em interpretar a generalidade e abstração da legislação para dirimir casos concretos incrementaria a forma como eles lidam com questões de direito, o que, pensando na interpretação constitucional, dar-lhes-ia credenciais para fornecer a última palavra em questões sensíveis do ponto de vista constitucional.

Quando as Cortes passam a centralizar poderes decisórios sobre questões de política, no âmbito de uma democracia que observa a separação de poderes, surge uma demanda por legitimação que, diante da falta de representatividade (e responsabilização) eleitoral por partes dos membros do Judiciário de uma forma geral (*accountability*), acaba desaguando na legitimação pelo método⁷². É dizer, é a própria forma como os juízes decidem que lhes dá legitimidade para interpretar a Constituição ainda que sem um mandato eleitoral. Vista a questão por outro ângulo, os Tribunais favoreceriam a construção de uma racionalidade jurisprudencial que beneficiaria a democracia pois precisam se apegar à formulação de razões de decidir para justificar suas deliberações, ao passo que os parlamentares concentram seus esforços na busca apenas pela formação de maiorias legislativas por meio do convencimento e do discurso, sem apego a um método racional.

Contra essa afirmação, é importante citar o exemplo trazido pelas rodadas de sabatinas feitas no Senado para os nomeados para juízes da Suprema Corte americana, que serviriam para construir um sentido de Constituição diferente daquele visto pela Suprema Corte⁷³. Mark Tushnet acredita que isso reforça seu argumento de que o raciocínio a respeito de direitos constitucionais é desenvolvido também pelos legisladores, apesar de que,

⁷⁰ DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Oxford University Press, 1985, p. 24.

⁷¹ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo, Martins Fontes, 2003, p. 17-18.

⁷² BENVINDO, Juliano Zaiden. *On the limits of constitutional adjudication: deconstructing balancing and judicial activism*. New York: Springer, 2010, p. 110.

⁷³ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University, 1999, p. 65.

atualmente, seria obscurecido pelo do Judiciário⁷⁴. De fato, o raciocínio é de que o candidato a integrar a Corte não estaria vinculado aos precedentes do Tribunal, embora deva conhecê-los. A construção de novos entendimentos a respeito da Constituição adviria não da manutenção de precedentes que já existem, mas da releitura destes, tema que pode ser (e é, segundo o autor citado) amplamente discutido no momento da sabatina do candidato à Suprema Corte, propiciando uma arguição pública a respeito do que o Legislativo e o pretendente a juiz da Suprema Corte entendem da Constituição.

Se tal argumento soa forte no caso americano, em que as audiências do Senado tomam dias e até meses, no Brasil o quadro é menos vibrante⁷⁵. As sabinas do Senado Federal não se destacam pela grandiloquência na discussão de ideias constitucionais: as reuniões duram poucas horas e, ressalvada esparsas tentativas de desacreditar o candidato indicado com base em ataques ao seu currículo ou filiações partidárias, há mero colóquio amistoso entre os legisladores e o “futuro” ministro, permeado por discursos enaltecendo o indicado e desejos de sorte e de bom exercício do cargo⁷⁶, fatos que merecem, inclusive, maior análise acadêmica.

Uma segunda crítica interessante é a de que a “racionalidade jurisprudencial” que vem sendo manifestada pelas Cortes, e especialmente no caso brasileiro⁷⁷, é atrelada a um entendimento específico do que vem a ser o Direito e a Constituição; uma análise voltada, como dito no tópico anterior, para sua compreensão como uma ordem de valores e vinculada a um método decisório com verniz de racionalidade, focado na aplicação do balanceamento, técnica que inclusive favorece uma indeterminação dos limites decisórios a que o próprio Tribunal estaria submetido.

⁷⁴ Conclui o autor que, “[m]ore generally, legislators can define the thin Constitution for the public as they examine judicial nominees. (...) We should see the senators as constructing the thin Constitution, not as attempting to explore the Supreme Court’s Constitution.”, *idem*.

⁷⁵ Note-se que 12 indicados já foram rejeitados pelo Senado americano em aproximadamente 200 anos de sabinas, ao passo em que, no período de aproximadamente um século, 5 indicados foram rejeitados pelo Senado brasileiro, sendo que todos estes haviam sido indicados pelo Presidente Floriano Peixoto (que chegou a indicar um médico e dois generais). Cf. MELLO FILHO, José Celso de. *Notas sobre o supremo tribunal (império e república)*. 2ª ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007, p. 17

⁷⁶ PAES, Taíse Sossai. *A influência do processo de escolha dos ministros da suprema corte na judicialização da política: uma análise empírica do procedimento da sabatina dos indicados para o Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de Mestrado em Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011, disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/8572>, acesso em 12/01/2015, *passim*.

⁷⁷ BENVINDO, Juliano Zaiden, *op. cit.*, p. 111.

Ademais, não é incomum ver julgamentos nos quais cada um dos ministros profere voto com fundamentos e premissas diferentes dos demais, embora concordantes na sua conclusão. Além disso, nem todos os ministros se utilizam da técnica do balanceamento de forma explícita, ou, ainda os que a utilizam, não necessariamente mantêm em seus votos uma linearidade argumentativa, nem uma vinculação com as decisões já proferidas pela Corte anteriormente. Há clara dificuldade de se estabelecer uma racionalidade do Supremo enquanto instituição, o que agrega ainda mais complexidade à discussão a respeito da sua capacidade institucional para proferir a última palavra sobre a interpretação constitucional. Há, portanto, uma fé no método como criador de racionalidade, a despeito da “ausência de preocupação de uma efetiva construção de direitos que compreenda aquela complexidade [...] em que a historicidade e a justiça entram em constante tensão produtiva”⁷⁸.

Nessa perspectiva, ao decidir grandes temas constitucionais, o método que se afirma racional não consegue distinguir a forma como os Tribunais pensam da forma como o próprio Parlamento lida com essas questões, o que não justificaria, ao menos também nesse ponto, na exclusividade e definitividade de sua interpretação constitucional.

Roberto Gargarella preocupa-se mais com a forma como as decisões são tomadas do que com o fato de que elas tenham caráter final já que, no contexto da “decisão final”, se insere também o método decisório (ou a falta dele), o que daria um poder sem precedentes ao Judiciário. Diz o autor que,

[i]n the end, they have the final authority to determine whether the decisions of the political branches should be upheld or not. Now, it is not simply the case that judges have the ‘last word’ in all important constitutional questions and can prevail upon the political branches. The issue is of more concern than that because judges can decide all those cases with almost total discretion.⁷⁹

Essa indefinição da posição ocupada pelo Supremo no jogo da separação de poderes mostra como é fluida a argumentação voltada a atribuir uma racionalidade diferenciada – no seu sentido qualitativo – às Cortes em relação ao Parlamento. Tal racionalidade, de mais a mais, apresenta-se cada vez mais como uma forma de maquiagem a própria ausência de legitimação da Corte para tratar de questões sensíveis. Às vezes, os

⁷⁸ BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 51, Número 201 jan./mar. 2014. Brasília: Senado Federal, 2014, p. 90.

⁷⁹ GARGARELLA, Roberto. *In search of democratic justice – what courts should no do: Argentina in democratization and the judiciary*, p. 185.

próprios membros do Supremo Tribunal Federal identificam a atuação da corte com o exercício da atividade parlamentar, como se sentissem o peso da legitimidade conferida pela soberania popular às suas decisões. Nesse sentido, veja-se como o Ministro Gilmar Mendes buscou equiparar a atuação do Supremo à do Congresso, em seu voto na ação que discutia o uso de células tronco-embriônicas:

O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas.⁸⁰

Como relata Oscar Vieira, ao tratar justamente desse célebre caso da utilização de células tronco-embriônicas em pesquisas científicas, o Supremo afastou de pronto o argumento, posto na tribuna, voltado para se atribuir certa *deferência* à deliberação havida no Parlamento, ao argumento de que se tratou de ponderação legislativa legítima. No caso, ficou transparente que o STF se vê no papel não apenas de investigar a constitucionalidade de leis editadas pelo parlamento, mas de comparar a *qualidade constitucional* das referidas normas com a que ele mesmo venha a conceber, contribuindo para o que o referido autor chama de “supremocracia”⁸¹, a expansão da autoridade da Corte em face dos demais poderes⁸².

O método, por si só, principalmente na forma como vem sendo usado no Brasil, não respaldaria a posição do Supremo como detentor da última palavra. Do ponto de vista empírico, o argumento pela defesa da racionalidade também perde força, como se verá a seguir.

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510. Relator: Ministro Ayres Brito. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Data de julgamento: 29 abr. 2010. Data da publicação: 29 mai. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 15 jan. 2015, p. 598.

⁸¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Op. cit., p. 458.

⁸² Robert Post e Reva Siegel mostram preocupação semelhante ao tratar da guinada da jurisprudência da Suprema Corte americana em uma série de decisões que invalidaram legislação federal sobre direitos civis e afastaram sua tradição de deferência às decisões tomadas pelo Congresso sob o signo da representatividade e soberania popular. Cf. POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B., Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power. *Faculty Scholarship Series*. Paper 182, p. 01-02.

1.7 O argumento empírico: cortes constitucionais trabalham bem com a defesa de direitos fundamentais quando analisam abstratamente as leis

Essa afirmação se vincula ao alegado papel contramajoritário das Cortes, já abordado acima. Em que pese não se negar essa função aos Tribunais constitucionais, é possível lançar dúvidas sobre a efetividade da defesa desses direitos ou mesmo sobre a capacidade institucional das Cortes de trabalharem com direitos fundamentais quando contrastados com a lei de forma abstrata, desvinculada de casos concretos (no caso do controle concentrado de constitucionalidade)

Não há dados empíricos à disposição para responder com segurança essa pergunta. Decerto que, no caso brasileiro, a grande massa de julgamentos submetidos à apreciação do STF se atrela ao controle difuso de constitucionalidade (por meio de recursos extraordinários), no bojo do qual certamente se discutem questões atinentes à defesa de direitos fundamentais⁸³.

Contudo, recente pesquisa⁸⁴ divulgada pela Universidade de Brasília ilustra bem uma assimetria entre o discurso de defesa de direitos individuais por meio do controle concentrado de constitucionalidade no STF e o papel da Corte na efetivação desses direitos. O resultado do estudo, que analisou Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) propostas no período de 1988 a 2012, aponta para a baixo índice de julgamentos discutindo garantias e direitos fundamentais e a quase monopolização do uso dessa forma de controle concentrado para discutir questões formais e de desenho institucional.

A prática de julgamentos da Corte, ao menos nas ADIs, parece assim distanciar-se de uma defesa de direitos fundamentais, atuando maciçamente na proteção do pacto federativo e em favor de interesses corporativos e institucionais diretamente relacionados aos legitimados para iniciar o controle concentrado de constitucionalidade. Embora tais dados não ofereçam um exame integral do controle de constitucionalidade feito pelo Supremo, ante

⁸³ Não obstante, deve-se levar em consideração que a referida forma de controle encontra-se cada vez mais obstaculizada pela extrema seletividade e pela jurisprudência defensiva do Supremo na análise de recursos extraordinários e agravos de instrumento, que impede que a maioria deles chegue a ser apreciada pelo colegiado. Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. Op .cit., p. 450.

⁸⁴ COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden (Org.). *A quem interessa o controle de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais*. Brasília, 2014. Disponível em https://www.academia.edu/7832828/A_quem_interessa_o_controle_concentrado_de_constitucionalidade. Acesso em 17.01.2015. Foram analisados 4727 ADIs, distribuídas entre outubro de 1988 e dezembro de 2012 (respondendo por 94% do total de ações em controle concentrado do Tribunal).

a falta de dados relativos ao controle difuso, eles auxiliam a pôr em xeque uma visão um tanto quanto *romântica* sobre o desempenho contramajoritário da Corte exercido por meio da Ação Direta de Constitucionalidade, que, ao que se tem visto, raramente reduz tensões existentes entre direitos fundamentais e maiorias legislativas.

De forma mais abrangente, Roberto Gargarella⁸⁵ mostra preocupação semelhante ao tratar das democracias latino-americanas. A insuficiência no enfrentamento dos temas comuns sensíveis a essas novas democracias – tidas pelo autor como marcadas pela instabilidade institucional –, especialmente os voltados à proteção da liberdade de expressão e das bases democráticas contra o retorno do autoritarismo, mostraria como é arriscada a opção por atribuir a última palavra, sem hesitação, à interpretação constitucional das Cortes.

Essa constatação também propicia o raciocínio crítico acerca da função do Tribunal no exercício do controle difuso de constitucionalidade, o qual, como se sabe, diz respeito à análise de casos concretos e não à inconstitucionalidade da lei “em tese”. Sendo ele, o controle difuso, o repositório maior das investidas do Tribunal no campo da aplicação de direitos fundamentais, é de se questionar se o Tribunal possui o mesmo repertório no manuseio do discurso dos direitos fundamentais quando se trata de uma análise em “tese” de atos normativos. É dizer: esmiuçando-se a análise, o Tribunal enfrenta o debate acerca da aplicação de direitos fundamentais quando enfrenta casos concretos (controle difuso) e não quando enfrenta leis em teses (controle concentrado).

Ao assim analisar a norma de forma abstrata, o Tribunal se debruça sobre a Constituição com o mesmo repertório que utiliza o Poder Legislativo quando, igualmente de forma abstrata, elabora a lei. Empiricamente, contudo, mostrou-se como é incomum o tema dos direitos fundamentais no âmbito do controle concentrado no STF, afastando a premissa, de ampla divulgação, de que o Tribunal costuma trabalhar bem com o tema dos direitos fundamentais no controle concentrado.

1.8 A questão da confiança: credibilidade institucional

Há quem afirme que o Parlamento é um ambiente hostil às deliberações sérias: motivados por discursos apaixonados ou ansiosos para cumprir o curto mandato que lhes foi

⁸⁵ GARGARELLA, Roberto. In search of democratic justice – what courts should no do: Argentina. In: *Democratization and the judiciary*, p. 185.

atribuído por seus eleitores, os legisladores não se vinculariam aos princípios constitucionais como se esperaria que fizessem. Nesse ponto, o próprio Jeremy Waldron⁸⁶ inicia seu estudo sobre a “Dignidade da Legislação” partindo da premissa de que a legislação e as legislaturas (Parlamento) possuem má fama na filosofia jurídica e política, o que tem lançado dúvidas sobre a sua confiabilidade enquanto fonte respeitável de direito.

Para o autor, tal descrença pode derivar de extravagâncias dos membros do Parlamento, mas esse não seria o problema, mas sim o fato de que inexistia uma teoria normativa da legislação que pudesse servir como base para tentar corrigir tais extravagâncias. Por outro lado, seriam ricos os estudos voltados para a decisão judicial, em detrimento dos estudos sobre a legislatura. De um modo geral, a doutrina jurídica seria repleta de imagens da legislatura como troca de favores, manobras de assistência mútua e procedimentos eleitoreiros. Para o autor, tais imagens são colocadas pela doutrina para dar mais credibilidade à ideia da revisão judicial (*judicial review*), bem como para justificar o silêncio que acomete a mesma doutrina em razão das dificuldades democráticas ou contramajoritárias que a revisão judicial pode implicar.

O entendimento acima trazido – de que o legislador não seria confiável – é comezinho não só nos Estados Unidos, mas também no Brasil. Muito antes de ser indicado para o Supremo Tribunal Federal, o atual ministro Gilmar Ferreira Mendes já apontava esse fundamento do *judicial review*:

A **experiência histórica** de diferentes países parece confirmar que os eventuais detentores de poder, **inclusive o legislador, não são infalíveis** e sucumbem, não raras vezes, à **tentação do abuso de poder e da perversão ideológica**. [...] é exatamente **essa experiência** que **legitima** o desenvolvimento e a consolidação, em diferentes sistemas jurídicos, de institutos com o direito à proteção judiciária e o controle de constitucionalidade das leis.⁸⁷

O argumento, contudo, não ultrapassa a barreira da autocrítica: tanto o fato de o Judiciário não se mostrar imune a erros como o de também buscar aumentar seu espaço de influência político-institucional enfraqueceriam a tese.

⁸⁶ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Op. cit., p. 02-04.

⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania - necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 1 - n. 3. abril-jun 1993, p. 182, sem grifos no original.

O próprio conceito de falibilidade, quando se trata de controle de constitucionalidade, é de difícil discussão. Do ponto de vista do órgão que exerce o controle, é cômodo apontar os equívocos do órgão controlado, já que será o entendimento do primeiro, e não do segundo, o que irá prevalecer. Assim, a definição do que venha a ser um erro de julgamento é complexa, mas há casos que sinalizam para claros equívocos dos tribunais: o próprio Supremo Tribunal Federal já voltou atrás em julgamentos em controle concentrado, por exemplo, ao tomar consciência das consequências de seu entendimento⁸⁸.

De qualquer forma, o acerto ou desacerto na interpretação de cada um deles não pode ser medida de forma empírica, por envolver análise da justiça do próprio conteúdo das deliberações (sobre o qual dificilmente haverá acordo⁸⁹). Ainda que haja frequência razoável com a qual o Judiciário invalida normas elaborada pela via do processo legislativo, isso não necessariamente confirma a ideia de que o Legislativo erra mais ao interpretar a Constituição.

Primeiramente porque o processo legislativo é deturpado pelo controle judicial de constitucionalidade: havendo um fiscal, o legislador confia na análise das Cortes acerca da constitucionalidade das leis que elabora, acostumando-se a não fazer uma interpretação mais “à sério” dos direitos envolvidos. Além disso, o teste judicial de constitucionalidade incita os parlamentos a não buscarem uma interpretação direta da Constituição, isto é, um enfrentamento constitucional das demandas normativas que lhes surgem na produção de leis, mas, sim, uma espécie de *mímica normativa*, tendo em mente – nos casos sensíveis – a tentativa de driblar⁹⁰ o que Corte entende por inconstitucional em seus precedentes. Esse

⁸⁸ O julgamento da ADI 4.029 é ilustrativo. O STF havia julgado procedente a ação que questionava a criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, o ICMBio. A autarquia foi criada justamente por meio da conversão de uma MP em lei. Porém, por não ter passado pela análise de uma comissão parlamentar mista, conforme exige a Constituição, a aprovação da MP em lei que criou o instituto havia sido considerada inconstitucional pela maioria dos ministros. Um dia depois do julgamento, o STF voltou atrás e proclamou novo resultado, julgamento improcedente a ação, ao ser alertado que nenhuma medida provisória havia sido submetida a essa comissão parlamentar mista. "De fato, a situação é muito grave, talvez uma das mais graves com as quais já tenhamos nos deparado, tendo em vista que a dimensão vai muito além do que o caso que foi objeto da discussão", alertou o ministro Gilmar Mendes à época. Cf. BALIARDO, Rafael. Supremo revê decisão sobre rito de Medidas Provisórias. *Consultor Jurídico*. São Paulo, 9 mar 2012. Disponível em www.conjur.com.br/2012-mar-09/stf-volta-atras-valida-leis-originarias-mps-vicio-tramitacao. Acesso em 16.01.2015.

⁸⁹ Aplicando-se aí as críticas, já mencionadas neste capítulo, a teorias da justiça de caráter substantivista.

⁹⁰ TUSHNET, Mark. Op. cit, p. 60. O autor cita o caso de lei estadual que vedava a queima da bandeira norte-americana em sinal de protesto. Em um primeiro momento, a Suprema Corte americana declarou a lei inconstitucional por violar a liberdade de expressão, mas sinalizou que se a intenção fosse proteger a bandeira em si mesma e não o simbolismo que a bandeira traz consigo, eventualmente a lei poderia passar no teste de constitucionalidade. O Congresso editou lei federal protegendo a integridade física da bandeira. Apesar disso, a Suprema Corte novamente declarou a lei inconstitucional, ao argumento que o intento real da legislação, que afetava a liberdade de expressão, estava mascarado no raciocínio legislativo. O autor lamenta que a questão que

procedimento acaba não somente por empobrecer a discussão dentro do Parlamento sobre os direitos em jogo, mas também por deixar o dever de analisar a constitucionalidade das propostas legislativas sempre para depois, confiando na Corte como corretora de eventual equívoco.

Quanto à luta por poder político, esta é inerente a todos os braços do Estado e faz parte da própria concepção de *checks and balances*, não estando o Legislativo e o Executivo solitários nessa batalha. Ingeborg Maus já alertava para a existência de uma “mais-valia”⁹¹ na reprodução do sistema jurídico, a exemplo do tribunal constitucional alemão, que gerencia essa mais-valia aumentando suas já largas competências institucionais a ponto de não buscar mais na Constituição as razões para decidir, valendo-se de princípios suprapositivos que o próprio Tribunal desenvolveu ao longo de sua atividade de controle normativo.

Assim, também em termos de capacidade institucional, não haveria espaço para decidir entre o Legislativo e o Judiciário se ambos têm interesse em aumentar sua esfera de poder político⁹².

Seguindo essa linha, embora a credibilidade institucional adquirida pelo Judiciário em detrimento dos demais Poderes, ao menos no Brasil⁹³, seja digna de nota, deve ser ela olhada com certa desconfiança crítica, especialmente ao se considerar que o empoderamento do Judiciário atende a agendas políticas, econômicas e corporativas específicas, que buscam por meio da imagem de imparcialidade típica desse Poder atender a interesses próprios, como se abordará em seguida.

1.9 A supremacia judicial e a tese da manutenção da hegemonia política

O empoderamento do Judiciário não decorre apenas de construções lógico-jurídicas. Há nele uma decisão política e econômica que pode passar despercebida.

A atribuição de última palavra ao Judiciário sobre relevantes questões políticas é antes uma opção estratégica do que propriamente jurídica, pois as pessoas tendem a depositar

realmente importava (se o valor simbólico que a bandeira carrega pode justificar restrições à liberdade de expressão) não tenha sido alvo de discussão séria no Congresso, mas apenas a melhor forma de satisfazer a Suprema Corte.

⁹¹ MAUS, Ingeborg. Op. cit., p. 190.

⁹² TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University, 1999, p. 27.

⁹³ Como já citado no segundo tópico deste trabalho

suas esperanças no *judicial review* quando querem dar maior peso para suas opiniões do que conseguiriam com a política majoritária eleitoral⁹⁴.

Seguindo essa linha de raciocínio, Ran Hirschl dissente das justificativas tradicionais para ascensão do constitucionalismo e do *judicial review*, vendo nesses dois fenômenos uma manipulação consciente do poder político para enclausurar certas pretensões e afastá-las das políticas majoritárias, no que chama de “tese da preservação de hegemonia”⁹⁵. Sob esse ângulo, a constitucionalização de direitos e o controle de constitucionalidade judicial são peças de um quebra-cabeças mais amplo, no qual elites políticas que buscam isolar suas preferências políticas das pressões do jogo democrático associam-se a elites judiciais e econômicas cujos interesses são compatíveis, resultando num quadro moldado pela combinação desses interesses profissionais, econômicos e políticos⁹⁶.

Assim, diante de situações em que seu poder político se encontra ameaçado, é preferível às elites políticas confiar no constitucionalismo e no *judicial review* para promover seus interesses, pois o julgamento empreendido por um corpo decisório pretensamente apolítico faz com que questões que soariam como defesas de interesses particulares tenham tratamento à luz de regras objetivas.⁹⁷

Em segundo lugar, em situações em que qualquer tomada de decisão acarrete responsabilização eleitoral e perda de popularidade, é preferível transferir poder decisório às Cortes, tendo em vista a forma de seleção de seus membros, seus mandatos vitalícios e a fraca (ou nula) responsabilização eleitoral por suas deliberações. É o caso de dilemas que dividem a opinião pública, como a disputa sobre a legislação impeditiva do aborto, no qual qualquer que seja a decisão tomada pelo corpo político majoritário, traz ela um impacto na popularidade e legitimidade institucional do parlamento (*no-win dilemma*)⁹⁸. Tal transferência de poder

⁹⁴ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, p. 1347-1406, 2006, p. 1395.

⁹⁵ O autor busca confirmar sua teoria analisando a atuação da suprema corte de países que há pouco adotaram a constitucionalização de direitos e o *judicial review*: Israel, Nova Zelândia, África do Sul e Canadá. Cf. HIRSCHL, Ran *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University, 2004 e HIRSCHL, Ran. The political origins of judicial empowerment through constitutionalization: Lessons from four constitutional revolutions. *Law & Social Inquiry*, v. 25, n. 1, 2000.

⁹⁶ HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, Op. cit., p. 49.

⁹⁷ HIRSCHL, Ran. The political origins of judicial empowerment through constitutionalization: Lessons from four constitutional revolutions. Op. cit., p. 104.

⁹⁸ Idem.

causa um isolamento dos corpos políticos majoritários das pressões populares e ao mesmo tempo transfere a responsabilidade decisória para as Cortes, auxiliando na manutenção de *status quo*. Trata-se de uma opção de menor risco: é preferível disputar no Judiciário uma interpretação constitucional pretendida pelas elites políticas do que buscá-la no campo da política legislativa, especialmente no que diz respeito a pretensões que não encontram respaldo na dinâmica volátil das maiorias legislativas.

Em terceiro lugar, as Cortes podem ser úteis para aumentar as chances de as elites, especialmente econômicas, atingir seus objetivos de afastar regulamentações estatais abrangentes, ao se apropriarem da narrativa da constitucionalização de direitos humanos⁹⁹, como o direito à propriedade, a liberdade de expressão, o livre comércio, o devido processo legal, a liberdade de exercício de profissão etc., em seu favor, como forma de impedir movimentações estatais voltadas para tributação, a proteção do meio-ambiente, o bem-estar dos trabalhadores, o estabelecimento de quotas para minorias, entre outros exemplos.

Em quarto e último lugar, a delegação estratégica de poder às Cortes funciona também para atender interesses das elites jurídicas em busca de aumentar seu poder simbólico e sua influência política¹⁰⁰. Como visto no tópico anterior, também o Judiciário encontra-se em uma disputa de poder constante com os demais Poderes e naturalmente se apropria desse vácuo deliberativo para assumir responsabilidade decisória em questões de natureza eminentemente política.

O autor destaca, assim, um empoderamento consciente do Judiciário, deliberadamente arquitetado para manter a hegemonia da elite política – com apoio das elites econômicas e judiciárias – a qual, nas democracias contemporâneas, encontra-se em constante disputa nas tradicionais arenas deliberativas da política com o crescimento de grupos até então minoritários. Em que pese isso, há consequências não-intencionais advindas do constitucionalismo e do conseqüente incremento de poder político ao Judiciário (e o incessante esforço para que a última palavra acerca da interpretação constitucional reste com ele) desejados pelas elites para manutenção de sua hegemonia. Dentre essas consequências, sugere o autor que a transferência de poder político ao Judiciário, aliada à tradicional noção de independência e autonomia profissional dos membros desse Poder, criou um corpo político

⁹⁹ Idem.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 105.

ativo e com agenda própria, o que configura uma ameaça à própria legitimidade do Judiciário. Outra consequência não-intencional seria a irreversibilidade do processo de constitucionalização de direitos. Se ele serve, a curto prazo, no interesse das elites hegemônicas, no longo prazo pode acabar por diminuir o espaço de manobra dessas mesmas elites, pois os direitos constitucionalizados podem ser trabalhados judicialmente pelas minorias políticas em favor dos seus pleitos.¹⁰¹

Assim, pode-se concluir afirmando que, se o constitucionalismo e o empoderamento do Judiciário trouxeram um incremento para a convivência democrática e para a afirmação de direitos de minorias, os apontamentos feitos pelo autor servem para manter viva a percepção crítica de que, sob esse pretexto da realização de direitos (com viés claramente humanitário e progressista¹⁰²), há também por pano de fundo o cumprimento de agendas políticas próprias, tanto do ponto de vista do empoderamento corporativo de elite judiciárias como da manutenção do *status quo* definido por elites políticas hegemônicas, com apoio das econômicas.

1.10 Diálogos constitucionais em contraposição à afirmação inequívoca da supremacia judicial

A ideia de supremacia que foi trabalhada, como visto, envolve a compreensão de que, quando um dos Poderes delibera a respeito de questões de justiça, mediante interpretação constitucional, sua decisão dificilmente pode ser revertida por outro Poder ou por nova interpretação. Ao se reportar à supremacia judicial, pressupõe-se que a Corte constitucional detenha a “última palavra” sobre a interpretação da Constituição, o que acaba por gerar uma judicialização de questões que eram tradicionalmente vinculadas à deliberação em foros políticos representativos, tal qual o Parlamento. Como visto, há defesas e críticas a essa modelagem, defendendo-se ora os ganhos advindos da constitucionalização e do papel contramajoritário das Cortes nas democracias, enquanto outros propõe uma interpretação da Constituição com apoio na supremacia do Parlamento, dando assim ênfase na soberania popular.

¹⁰¹ O autor sugere que a confiança das elites de que o Judiciário manteria sua hegemonia política ao se lançar como ator político autônomo e destacado representa uma “faca de dois gumes”. Cf. *Ibidem*, p. 124.

¹⁰² *Ibidem*, p. 139.

No Brasil, há claros sinais que apontam para uma supremacia judicial, seja pelo amplo aspecto das questões morais passíveis de serem livremente discutidas pelo Supremo Tribunal Federal, seja em razão da definitividade que é afirmada pelo próprio Tribunal de suas decisões. De fato, a postura que vem sendo adotada pelo STF nos últimos anos reforça o conceito de “*supremocracia*”¹⁰³ trazido por Oscar Vieira, com a reduzida deferência aos juízos propositivos feitos pelo Parlamento e o recurso ao seu método próprio de leitura da Constituição, com base na interpretação axiológica dos princípios constitucionais, que permite ampla manipulação do sentido do texto, inclusive com procedimentos que remontam a uma atuação próxima a de um constituinte reformador.

Para se definir se essa modelagem é correta, ordinariamente pode-se perguntar se as respostas que vem sendo dadas pela Corte são boas. Ora, como se pode falar que uma interpretação constitucional está errada? Para Tushnet, a discussão em torno da supremacia judicial gira em torno de como conseguir encontrar um intérprete para a Constituição que não só cometa menos erros e, mais importante ainda, que cometa menos erros em casos importantes¹⁰⁴.

A pergunta acima – sobre o acerto ou desacerto de uma decisão – é de difícil resposta, como já antevisto, pois envolve conceitos substanciais de justiça que dificilmente encontrarão algum consenso. O próprio Hobbes já alertava que atribuir autoridade a um corpo decisório decorre da necessidade de, para garantir a paz, deixar de lado avaliações substanciais acerca da decisão que será adotada: se sempre fosse possível rediscutir a justiça da decisão tomada, não haveria sequer motivo para atribuir autoridade decisória a alguém¹⁰⁵.

Todavia, inclusive levando em conta o próprio dissenso sobre conceitos substanciais acerca de justiça, não é equivocado afirmar que toda interpretação constitucional pode ser considerada equivocada, seja pelas Cortes, pelo corpo administrativo, pelos representantes eleitos do povo ou pela própria opinião pública. Quanto a isso não há dúvida:

¹⁰³ Tratado em tópico anterior. Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. Op. cit., passim.

¹⁰⁴ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University, 1999, p. 57.

¹⁰⁵ Diz o autor: “Pois mesmo para a mais medíocre inteligência é evidente que as ações dos homens derivam de suas opiniões acerca do bem ou do mal que dessas ações para eles redundam; e, em conseqüência, que quem se deixa possuir pela opinião de que sua obediência ao poder soberano lhe será mais prejudicial do que sua desobediência irá desobedecer às leis, contribuindo assim para destruir o Estado e introduzir a confusão e a guerra civil, para evitar as quais todo governo civil foi instituído.” Cf. HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*, trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf, p. 176.

decisões judiciais são passíveis de crítica tanto quanto leis e decretos executivos. Daí que, sendo impossível chegar-se a um acordo sobre a substância, restaria o acordo sobre o procedimento, proposta vista por muitos como de sucesso, a exemplo de Waldron¹⁰⁶. Com base nesse entendimento – acordo em torno do procedimento decisório – defende esse autor a supremacia legislativa, dado o *pedigree* democrático que os Parlamentos possuem, derivado da responsabilidade que possuem com o seu eleitorado uma vez eleitos representantes do povo por eleições livres.

Todavia, mesmo o acordo sobre o procedimento pode ser posto em xeque: por que necessariamente um acordo sobre a forma é mais fácil de ser obtido, principalmente em sociedades plurais, do que sobre a substância?

A teoria constitucional, especialmente nos países que adotam um forte *judicial review*, parece despertar para a necessidade de análise da interação entre o Poder Judiciário e os demais poderes, na busca de elaborar tanto uma teoria normativa quanto empírica da supremacia judicial. No Brasil, o enfoque é debater o “dogma” de ter STF como detentor da última – e quiçá única – palavra sobre a interpretação constitucional¹⁰⁷.

Nesse ponto, tanto Conrado Hübner Mendes e Rodrigo Brandão, autores que se debruçaram sobre o tema, inclusive em relação ao Supremo Tribunal Federal, convergem num entendimento da necessidade de ultrapassar a dualidade entre supremacia judicial *versus* parlamentar, optando, na verdade, por superar a própria noção de supremacia para passar a trabalhar com a hipótese de diálogo institucional. Essa seria a chave para minimizar as críticas existentes tanto ao modelo de supremacia da Corte como do Parlamento no que diz respeito à interpretação constitucional, sem que se caia no risco de uma anarquia interpretativa¹⁰⁸, na qual todos pudessem interpretar livremente a Constituição sem que isso signifique pôr um fim às controvérsias sobre direitos. Para Hübner Mendes, a questão é esquecer a ideia de “última

¹⁰⁶ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. Op. cit., p. 1406.

¹⁰⁷ Como afirma Juliano Benvindo, “querer ter a ‘última palavra’ é o sinal de não compreensão da complexidade inerente a uma sociedade democrática, que preza pela cidadania. Isso se dá porque a história desses vinte e cinco anos de constitucionalismo democrático no Brasil explicita que o Supremo Tribunal Federal, embora se utilize desse argumento, deixa muito a desejar em termos de justificação daquelas premissas”. Cf. BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história. Op. cit., p.83.

¹⁰⁸ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University, 1999, p. 28.

palavra” e admitir a concepção de “última palavra provisória”¹⁰⁹, enquanto Brandão reforça a tese de um “modelo dialógico”¹¹⁰ de interpretação da Constituição, ambos conceitos que se assemelham em afastar a supremacia de um ou de outro órgão estatal e permitir rodadas interpretativas entre os atores institucionais a respeito de uma dada controvérsia constitucional, a fim de otimizar a resposta a ser concebida, estimulando a resposta constitucional nos diversos setores envolvidos, legitimando gradativamente o procedimento decisório.

No caso brasileiro, tal método seria útil a fim de mitigar os problemas de se ter a cúpula do Judiciário como um órgão “desviante” na democracia, dirimindo grande parte das questões políticas sem que o povo tenha mecanismos próprios de correção dessas posturas, ao tempo em que impede a cristalização de decisões pelos entes políticos, o que é extremamente prejudicial à democracia, pois impede sua capacidade de autocrítica e autocorreção, como afirma Brandão¹¹¹. Do mesmo modo, para Hübner Mendes,

[a] necessidade política evidente de tomar decisões não exclui a responsabilidade coletiva de continuar a perseguir a melhor resposta. Posto dessa maneira, a democracia não é diferente de um “café filosófico” porque precisa tomar decisões, mas lhe é similar, em alguma medida, porque tem o ônus de buscar a melhor resposta (sem deixar de tomar, ao longo do caminho, decisões provisórias e imperfeitas). Autoaperfeiçoamento é um compromisso desse regime.¹¹²

Não obstante, a adoção do diálogo como melhor forma de relação interinstitucional é vista com ceticismo pela inviabilidade de se definir métodos dialéticos entre instituições despersonalizadas¹¹³, ou pela simples descrença de que a Corte – que detém a palavra final nos países com assumido *judicial review* – mudará de ideia movida por novas razões vindas de outros Poderes, ressaltando-se o fato de que, por deter a palavra final nos sistemas que adotam o *judicial review*, a Corte não se coloca em uma situação de igualdade –

¹⁰⁹ “A última palavra importa? Sim, mas menos do que se supunha. Importa para quê? Para firmar decisões com pretensão de maior durabilidade; para resolver, ainda que temporariamente, uma demanda por decisão coletiva que valha para todos.” Cf. MENDES, Conrado Hübner. Op. cit., p. 182.

¹¹⁰ BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit., 288-289.

¹¹¹ Ibidem, p. 279.

¹¹² MENDES, Conrado Hübner. Op. cit., p. 211.

¹¹³ Ibidem, p. 191.

ao menos quanto a questões constitucionais – perante os demais ramos de poder, o que afastaria de plano um diálogo baseado na igualdade entre as partes¹¹⁴.

A solução encontrada pelos autores para essas indagações parte da noção de que as Cortes deliberam com base em razões públicas – fundamento de validade de suas decisões – o que faz com que tenham que declinar os fundamentos de suas decisões. Com efeito, as instituições – ainda que despersonalizadas – se manifestam por meio de declarações oficiais: pronunciamentos públicos, julgamentos, edição de atos e normas, reuniões, audiências ou mesmo pela sua inação ou silêncio; deles se permite extrair uma forma de comunicação. Ademais, o fato de a Corte se manifestar por último não significa necessariamente que sua decisão acabe petrificada no tempo, pois seria dado ao Parlamento instar novamente o Tribunal a se pronunciar, sobretudo quando agrega *novas razões* ao debate¹¹⁵. Assim, o diálogo constitucional que se pretende diz com a necessidade de se agregarem novas razões ao debate público, permitindo a evolução da interpretação sobre constitucionalidade, seja pelo Parlamento, seja pela Corte.

Desse modo, a Corte passa a funcionar como um “catalisador deliberativo”¹¹⁶, um elemento que, além das funções contramajoritária e de proteção do processo político e deliberativo já explicitadas e defendidas nos tópicos anteriores, seja capaz de discernir entre bons e maus argumentos, qualificando a competição entre os Poderes por meio de uma gradação evolutiva das razões defendidas. O *judicial review*, assim, pode servir, inclusive, para instigar o debate e servir de marco inicial de um processo deliberativo que dê bons frutos, pois

[c]onservar um antigo status quo, problematizado há anos por exercícios razoáveis de interpretação de princípios constitucionais, é uma confortável estratégia legislativa de escapar das demandas da razão pública. Eventualmente, re-eletrizar uma pauta estabilizada de tempos em tempos pode operar um efeito epistêmico produtivo.¹¹⁷

¹¹⁴ Gargarella, ROBERTO. In search of democratic justice – what courts should no do: Argentina. *In: Democratization and the judiciary*, p. 187

¹¹⁵ BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit., p. 307.

¹¹⁶ MENDES, Conrado Hübner. Op. cit., p. 212.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 232.

Para Rodrigo Brandão, a “superação normativa” constitui o método dialético mais adequado¹¹⁸ para instituir o diálogo institucional e, ao analisar casos de interação entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional no Brasil, aponta a inexistência de uma supremacia judicial em seu sentido material¹¹⁹ e a ocorrência de efetivo diálogo entre Poderes. Portanto, no cenário nacional, a Emenda Constitucional constituiria o instrumento mais efetivo¹²⁰ no sentido de obter uma “superação normativa” da decisão judicial. Por sua vez, também a edição de leis ordinárias pelo Congresso Nacional serviria para promover uma interação de tipo mais fraco entre a Corte e o Parlamento, embora nessa hipótese, ao contrário das emendas constitucionais, o STF não tenha se mostrado tão cuidadoso ou deferente ao Parlamento ao efetuar declarações de inconstitucionalidade¹²¹.

Todavia, a afirmação de que no Brasil não há supremacia judicial material e de que existe um diálogo constitucional entre Corte e Parlamento não é compartilhada integralmente por Conrado Hübner Mendes, para o qual há sim alguma espécie de troca de argumentos e interação entre os Poderes, porém longe de um modelo deliberativo “desejável” em uma democracia. Tal assertiva toma por base o fato de permanecer, no Tribunal, a “retórica do guardião entrincheirado” e a “prática do guardião acanhado”¹²², isto é, ao passo em que alardeia muito seu papel de decidir por último e definitivamente a respeito da interpretação constitucional, o STF adota, na prática, medidas concretas tímidas quando diante de questões centrais de proteção de direitos, o que inviabiliza um diálogo qualificado entre Poderes.

O entendimento de Hübner Mendes – de que inexistente abertura ao diálogo propriamente dito – pode ser ainda reforçado ao se constatar que todos exemplos de emendas

¹¹⁸ Ibidem, p. 286.

¹¹⁹ Que demandaria a extrema dificuldade ou mesmo impossibilidade de superação dos posicionamentos da Corte pelo Parlamento.

¹²⁰ Ibidem, p. 298. Na hipótese, o STF, por ter que analisar as constitucionalidade de emendas constitucionais com base em princípios mais abstratos contidos nas cláusulas pétreas, raramente fez juízo que contrariasse o do constituinte reformador, inclusive nas hipóteses em que a emenda buscava superar o entendimento da Corte sobre determinada matéria.

¹²¹ Nesse sentido, o autor cita caso em que a Lei Ordinária simplesmente contrariou abertamente o posicionamento da corte a respeito do caso da manutenção ou não do foro por prerrogativa de função para agentes públicos que deixam o cargo, o que levou o STF a declarar a inconstitucionalidade da Lei. Em outra situação, a edição de Lei Ordinária também contrariou o posicionamento dado pelo STF ao caso do computo de tempo de a aposentadoria especial de professores em atividades fora de aula, mas agregando novas razões ao debate, fez com que o STF mudasse sua orientação e passasse a admitir também os tempos de direção, coordenação e assessoramento pedagógico no cômputo do tempo de aposentadoria. Cf. Ibidem, p. 302-303.

¹²² MENDES, Conrado Hübner, Op. cit., p. 252.

constitucionais citados por Brandão para afirmar a existência de diálogo constitucional entre STF e Congresso Nacional se referem ou à disputa de poder político que interessava diretamente a interesses corporativos dos parlamentares (criação de municípios, aumento do número de vereadores, fidelidade partidária, foro por prerrogativa de função) ou a decisões de grande impacto fiscal e tributário. O “diálogo” que existiu, portanto, não se voltava para uma nítida deliberação a respeito de direitos e garantias constitucionais, mas, aparentemente, a assuntos que mobilizavam uma agenda política específica dos parlamentares ou, ainda, que afetavam o caixa do governo, reduzindo a incidência de tributos¹²³.

No que diz respeito ao presente trabalho, defende-se que a postura do STF ao tratar do tema da lei da anistia está longe de configurar esse papel de catalisador de “boas razões” que as cortes devem possuir em uma democracia que acolhe a revisão judicial, aproximando-se mais das concepções que defendem de forma intransigente a supremacia judicial e a “última palavra” da Corte a respeito da Constituição.

Daí que o *modus operandi* adotado pelo Tribunal, na falta de métodos institucionalizados de diálogo, tende a instar os atores políticos a focalizar todos os esforços argumentativos no convencimento do STF ou em desacreditar sua autoridade para deliberação final, pulverizando os esforços e custos (desencadeando reações pouco produtivas, como a procura por brechas interpretativas na persecução criminal pelo Ministério Público Federal ou mesmo nas críticas e recomendações registradas no relatório final da Comissão Nacional da Verdade, entre outras tantas), além de enfraquecer a discussão de *razões* para a pretendida mudança transicional e a próprio projeto de ver a justiça de transição enquanto um projeto constitucional e inerente à democracia. No ponto, a deliberação da Corte Interamericana de Direitos Humanos aparece praticamente como o único argumento de revisão do entendimento do STF, o que, todavia, reflete um mero esforço de se alterar a autoridade decisória (buscando-se submeter o STF à decisão de corte internacional), em uma espécie de circularidade e auto-reprodução do discurso da “última palavra”.

¹²³ Rodrigo Brandão, ao tratar do diálogo por meio de emendas constitucionais, cita os casos da inconstitucionalidade: da cobrança progressiva do IPTU (RE 153.771), superada pela EC 29/00; da taxa de iluminação pública, superada pela EC 39/02; incidência do ICMS sobre importação de bens de pessoas físicas, superada pela EC 33/01; da contribuição previdenciária em face da folha de salários do empregador (RE 166.772), superada pela 20/98; da não inserção de vantagens pessoais no teto remuneratório, superada pela EC 41/03; da criação de municípios sem observância de lei federal (ADI 2024), superada pela EC 57/08; do aumento do número de vereadores, superada pela EC 58/2009. Cf. BRANDÃO, Rodrigo, *op cit.*, p. 289-300.

Uma vez assentadas bases para discussão a respeito da atribuição ao Supremo Tribunal Federal da “última palavra” sobre questões morais altamente controvertidas, faz-se necessário compreender como, no Brasil, inter-relacionaram-se a Justiça de Transição e o pressuposto da supremacia judicial. A seguir, traça-se um panorama da marcha evolutiva da justiça de transição brasileira, passando pela a proposta de ressignificação da Lei da Anistia, a sua judicialização perante o STF e as reações institucionais e políticas que se seguiram.

2. Justiça de transição, Lei da Anistia e o seu projeto de resignificação

2.1 Considerações iniciais

A Anistia no Brasil foi e ainda é objeto de grande discussão. No ano de 2014 completaram-se 50 anos do golpe cívico-militar de 1964, ocorrido em 1º de abril daquele ano, o que trouxe a atenção da mídia e da população em geral para os temas voltados para a Justiça de Transição, isto é, para as medidas adotadas pela sociedade em relação aos atos atentatórios a direitos humanos praticados pelo regime autoritário anterior. A respeito do tema, muito se discute acerca das medidas possíveis ou mesmo indicadas para cada país, inexistindo consenso acadêmico a respeito da eficácia de cada uma delas dadas as idiossincrasias de cada sociedade. Todavia, considerando o histórico de transições para democracias ocorridas no século passado no contexto internacional, é possível destacar as seguintes medidas como sendo próprias da Justiça de Transição: a) a revelação da verdade, mediante a abertura de arquivos do período e a criação de comissões da verdade imparciais; b) reparação patrimonial dos danos às vítimas; c) instituição de espaços de memória; d) responsabilização pessoal dos perpetradores de graves violações de direitos humanos.¹²⁴

No caso brasileiro, a forma lenta e pacífica como se deu a passagem de um regime autoritário para o regime democrático construiu uma narrativa específica sobre os fatos ocorridos no regime e sobre o papel da Lei da Anistia de 1979, narrativa essa que vem sendo revisitada por meio de um projeto político-jurídico o qual, como ocorre com grande parte das questões morais e políticas altamente controvertidas no Brasil de hoje, foi submetido à apreciação do Supremo Tribunal Federal, com diversas consequências, como se verá a seguir.

2.2 O cenário da criação da Lei da Anistia de 1979

A Lei da Anistia, Lei Federal nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, foi um documento legal produzido como clímax de um processo de mobilização política que teve início na década de setenta, com participação da sociedade civil organizada, de militantes de direitos humanos e de partidos políticos, integrantes de movimentos estudantis, ex-presos

¹²⁴ LEAL, Rogério Gesta. *Verdade, Memória e Justiça no Brasil – responsabilidade compartilhadas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 188.

políticos, exilados, cassados e familiares de vítimas, com destaques para o Movimento Feminino pela Anistia e o Comitê Brasileiro pela Anistia¹²⁵.

Após a fase inicial, caracterizado pela formação da discussão pública a respeito da anistia, passou-se à nacionalização do movimento¹²⁶, em meados de 1977, com a criação dos Comitês Brasileiros pela Anistia (CBAs) e encerrando-se com a promulgação da Lei da Anistia, em agosto de 1979.

Referida mobilização, contudo, faz parte do processo de abertura democrática muito mais ampla conduzido a curta distância pelas próprias Forças Armadas: quando Ernesto Geisel, o quarto presidente militar, assume o poder em 1974 (cinco anos portanto antes da Lei da Anistia) e, após o momento mais crítico da repressão militar instaurado com o AI-5, manifesta a intenção de inaugurar uma “distensão lenta, gradual e segura” voltada para a democracia. Na visão de muitos, isso significou uma transição com *timing* e agenda próprios¹²⁷, ambos nas mãos do regime.

Assim, a distensão política e a busca pela anistia encontram-se umbilicalmente atadas. Tanto que, se o movimento que ganhou eco na sociedade, capitaneada pelas vítimas e seus parentes, bem como por movimentos sociais, pleiteava uma “anistia ampla, geral e irrestrita”, buscando o perdão para todos os “crimes políticos” cometidos na resistência ao regime, o Governo editou e fez aprovar, no Congresso Nacional¹²⁸, uma lei de anistia relativa apenas aos “crimes políticos e conexos”, aprovada por pequena maioria de 206 a 201 votos.

¹²⁵ BARRIENTOS-PARRA, Jorge; MIALHE, Jorge Luís. “Lei da Anistia: comentários à sentença do Supremo Tribunal Federal no caso da ADPF 153” in *Revista de informação legislativa*, v. 49, n. 194, p. 23-40, abr./jun. 2012, p. 25.

¹²⁶ Idem.

¹²⁷ MARENCO, André. Op. cit., p. 73.

¹²⁸ Elio Gaspari pinta um interessante retrato do controle e conformação do Congresso Nacional aos interesses do regime militar antes de 1974, construído após seguidos expurgos: “Quando o general Médici subiu a rampa do Planalto, o regime havia banido da vida pública todos os políticos que em 1964 aspiravam à Presidência da República. Podia parecer que se perdiam os líderes mas preservavam-se os partidos, no entanto eles foram extintos em 1965, substituídos por um sistema bipartidário rígido nas votações parlamentares e frouxo na coesão das bases. Podia parecer também que, mesmo sem lideranças e sem partidos, preservavam-se as instituições. Fechado duas vezes, o Congresso teve cassados 281 parlamentares. Foi esquartejado em vida. No dia 10 de abril de 1964, quando se acreditava que seria possível restringir as cassações de parlamentares a uma só rajada, abateram-se quarenta mandatos, liquidando-se a liderança de esquerda e centro-esquerda na Câmara. Nos meses seguintes expurgaram-se outros 29 parlamentares e em 1966, outros seis. A cada onda de cassações caía um núcleo de liderança oposicionista. No seu lugar entrava outro, mais cauteloso e mais moderado, porém igualmente insuportável. Depois do AI-5 cassaram-se 105 congressistas. O MDB perdeu o secretário-geral, o líder na Câmara e catorze de seus 21 vice-líderes. A coerção punha em movimento mecanismos de medo e adesão que produziam resultados bem mais profundos. Em São Paulo, mesmo depois das cassações de 1964 e

A batalha que então se travava era pela própria obtenção da anistia, ou seja, conduzido pelo regime, o processo de distensão política fornecia a “migalhas” a liberdade à sociedade civil. A Lei da Anistia de 1979, assim, foi vista “enquanto liberdade”¹²⁹, isto é, tem sua significância adstrita à luta com o governo militar pelo retorno dos exilados e perdão dos crimes políticos apontados pelo regime aos acusados de pôr em risco a “doutrina da segurança nacional”.

Posteriormente, especialmente quando da apreciação do caso “Rio Centro”, a Lei de Anistia sofreu uma ressignificação pela atuação da jurisprudência do Superior Tribunal Militar – inegavelmente vinculado aos interesses do regime castrense¹³⁰ – passando a ser considerada uma lei “ampla e irrestrita” aplicável a todos os tipos de crimes, incluindo os crimes cometidos por agentes do Estado, e inclusive aqueles cometidos após sua edição, como é o caso do referido atentado, ocorrido em 1981¹³¹, dois anos após a concessão da anistia. É importante ter em mente que, a essa época, o discurso oficial do governo era o da “negação” a respeito da existência de atos violadores de direitos humanos praticados de forma sistemática pelo regime militar¹³², o que só recentemente foi colocado em xeque de forma contundente, inclusive com uma modificação do posicionamento dos setores militares a respeito da

65, a oposição conseguiu um patrimônio eleitoral de 27 deputados federais, 53 estaduais, 71 prefeitos e 1185 vereadores. No fim de junho de 1969, após o expurgo do AI-5 e uma onda de deserções, ela estava reduzida a doze deputados federais, vinte estaduais, 38 prefeitos e oitocentos vereadores”. Cf. GASPARI, Elio. *As ilusões armadas: a ditadura escancarada*, São Paulo: Companhia da Letras, 2002, p. 232.

¹²⁹ ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo. Mutações do Conceito de Anistia na Justiça de Transição Brasileira. In: *Revista de Direito Brasileira*, 2012, p. 362.

¹³⁰ Elio Gaspari também enfatiza a posição conivente do Superior Tribunal Militar com o regime militar, cujas competências foram ampliadas pelo AI-2, de 1965: “Como observou o jurista Heleno Fragoso, que já nessa época se tornara um sereno e constante defensor de presos políticos: ‘Sempre foi muito mais fácil aos tiranos perseguir os inimigos políticos, não mudando a lei, mas sim os juízes que deveriam julgá-los’. O produto dessa mudança era previsível. Havia mais de cinquenta anos o presidente francês Georges Clemenceau ensinara que ‘a Justiça Militar está para a Justiça assim como a música militar está para a música’.” Cf. GASPARI, Elio. *As ilusões armadas: a ditadura envergonhada*, São Paulo: Companhia da Letras, 2002, p. 266.

¹³¹ O STM negou o segundo pedido de desarquivamento do Inquérito Policial Militar para investigar o atentado ao Riocentro, deliberando por declarar extinção da punibilidade em decorrência da interpretação da aplicação de anistia bilateral. Cf. BRASIL. Superior Tribunal Militar. Acórdão na Representação nº 1061-7/DF. Ministro Relator Antônio Carlos de Seixas Telles, 15 mar 1988.

¹³² A existência de torturas nos quartéis era reiteradamente negada ou, em última instância, vista como atos isolados praticados pelo voluntarismo de pessoas inconsequentes, sem qualquer vinculação com a cadeia de comando militar ou com uma técnica sistematizada de interrogatório para obtenção de informações adotada pelo regime. A propósito, relata Elio Gaspari que “[e]m 1964, Golbery chamara as notícias de tortura de ‘balão propagandístico’. Geisel condenara ‘o deliberado interesse de torcer, deturpar ou exagerar os fatos conforme a conveniência’. Retornava-se à construção segunda a qual, como as denúncias se destinavam a enfraquecer o governo e a solapar o regime, e como ambos não admitiam uma coisa nem outra, os fatos denunciados eram inadmissíveis. Por inadmissíveis, inverossímeis. Por inverossímeis, inverídicos.” Cf. GASPARI, Elio. *As ilusões armadas: a ditadura encurralada*, São Paulo: Companhia da Letras, 2002, p. 38.

ocorrência desses fatos¹³³. Assim, embora não fossem desconhecidos, a própria discussão pública a respeito da existência de crimes praticados pelo regime estava bastante distante de mobilizar a sociedade civil.

Essa significação do que vem a ser anistia passou, portanto, por várias etapas, desde um momento de luta pela sua materialização enquanto “liberdade possível”, isto é, voltada para os exilados, presos e acusados de crimes políticos, passando para explicitação de sua ampla extensão, abrangendo crimes porventura cometidos por agentes do regime, consolidando um discurso que iguala a anistia ao “esquecimento e perdão”. A Lei da Anistia, nesse contexto, funcionou como um leme conduzindo o processo da justiça transicional brasileiro. Primeiramente vista como vitória da sociedade civil organizada contra o regime, uma guinada interpretativa colocou-a no centro de um processo de transição pacífica e focada no perdão dos crimes cometidos por ambas as partes¹³⁴. Posteriormente, com o fim do regime militar e o gradual amadurecimento do regime democrático, concretizaram-se vários passos de uma política voltada para a justiça de transição, isto é, para um acerto de contas com o regime passado, centrada, inicialmente, na reparação e, em um momento mais atual, na busca por verdade e justiça.

É nesse contexto, de busca por verdade e justiça, na diferenciação entre “o momento da *contingência da transição* de seu momento de justiça, no caso, de *Justiça de Transição*”¹³⁵, que os atores que atuam no tema transicional – entidades internacionais, braços do governo, associações, sindicatos, familiares de vítimas, etc – viram-se diante de um impasse em face do caráter bilateral que havia se cogitado atribuir à anistia, representando um

¹³³ O Relatório final da Comissão Nacional da Verdade é contundente a respeito do posicionamento atual a respeito da institucionalização das violações graves a direitos humanos durante o regime: “As graves violações de direitos humanos cometidas durante o período da ditadura militar foram expressão, portanto, de decisões políticas adotadas por suas instâncias dirigentes, que se refletiram nas estruturas administrativas organizadas com base nos princípios da hierarquia e da disciplina, sob a forma de rotinas de trabalho e de padrões de conduta. Houve, nesse sentido, permanente ascendência hierárquica sobre a atividade funcional e administrativa realizada pelos agentes públicos diretamente associados ao cometimento de graves violações de direitos humanos. No âmbito de cadeias de comando solidamente estruturadas, esses agentes estiveram ordenados em escalões sucessivos, por vínculo de autoridade, até o comando máximo da Presidência da República e dos ministérios militares. É possível afirmar, desse modo, que as ações que resultaram em graves violações de direitos humanos estiveram sempre sob monitoramento e controle por parte dos dirigentes máximos do regime militar, que previram, e estabeleceram, mecanismos formais para o acompanhamento das ações repressivas levadas a efeito.” Cf. BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório*. Brasília: CNV, 2014, p. 846.

¹³⁴ Marcelo Torelly defende a tese do “paradoxo da vitória de todos”, servindo a anistia de perdão para uns e esquecimento para outros. Cf. TORELLY, Marcelo D. *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Cap. 4, item 4.3.

¹³⁵ ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo. Op. cit., p. 364.

entreve à busca por persecução penal e investigação da verdade dos fatos ocorridos durante o regime, no que tange especialmente às violações graves de direitos humanos. Tal impasse só atingiu uma forma crítica no final da década passada, culminando com a judicialização, em último grau, da forma como se aplica a anistia no processo transicional brasileiro, por meio da ADPF 153 ajuizada pelo Conselho Federal da OAB perante o Supremo Tribunal Federal.

2.3 Projeto de mudanças na justiça de transição brasileira: de “perdoar e esquecer” a “investigar e punir”

As nações que passaram por recentes processos de transição democrática têm se utilizado de três diferentes modelos de responsabilização por violações de direitos humanos cometidos pelo regime anterior: (i) o modelo da imunidade (o mais comum de todos); (ii) o modelo da responsabilidade estatal; (iii) o modelo da responsabilização criminal individual¹³⁶.

Embora vários tribunais *ad hoc* tenham sido criados no pós-guerra para julgar acusados de crimes de guerra, como o Tribunal de Nuremberg e o Tribunal Criminal Internacional para a antiga Iugoslávia, a real guinada de um modelo de responsabilização estatal para um modelo de persecução criminal individual dos responsáveis por violações de direitos humanos ganhou força a partir do “caso Pinochet” de 1998. Na ocasião, o ex-ditador chileno foi preso na Inglaterra por força de pedido de extradição espanhol, acusado da prática de crimes de tortura e outras violações de direitos humanos previstos em tratado internacional e, portanto, com jurisdição universal. Essa inusitada prisão, embora tenha tido como desfecho o encaminhamento de Pinochet de volta ao Chile (por estar incapacitado para responder em juízo), teve repercussões políticas importantes, com o início de vários processos para investigação de violações de direitos humanos cometidos por indivíduos ligados aos antigos regimes, o que ocorreu tanto no Chile como em outros países, culminando com a criação de um ambiente internacional favorável para a impulsão da justiça de transição.¹³⁷

No Brasil, após a luta pela anistia e por uma constituinte democrática em 1987/88, o processo transicional que se iniciava foi fortemente marcado pelo lançamento do livro-relatório Brasil Nunca Mais, em 15 de julho de 1985 (dois meses após a tomada de posse do

¹³⁶ SIKKINK, Kathryn. The global rise of individual criminal accountability. In: *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability: Comparative and International Perspectives*, Nova Iorque: Cambridge University Press, 2012, p. 23

¹³⁷ *Ibidem*, p. 37-38. É o que a autora trata por “Efeito Pinochet” na justiça transicional.

primeiro presidente civil, José Sarney), editado pela imprensa católica¹³⁸. O relatório apontava mais de 1.800 casos de tortura e centenas de mortes, chamando a atenção da opinião pública sobre as violações de direitos humanos durante o regime e contrastando com a versão oficial do governo, segundo a qual os relatos de torturas e mortes nos quartéis representavam práticas isoladas e desvinculadas da cadeia de comando militar, praticadas sem qualquer aval ou autorização superior.

Contudo, os governos civis que seguiram à saída do último presidente militar pouco fizeram para iniciar políticas oficiais de *accountability* pelas violações de direitos humanos cometidas no regime anterior. Só em 1995 foram adotadas medidas políticas para iniciar um processo transicional focado nas reparações às vítimas do regime. Nesse momento, o Estado brasileiro sai de um modelo de total imunidade para assumir outro que se aproxima ao da responsabilização estatal pelas violações cometidas, com enfoque na reparação financeira das vítimas e, quando for o caso, a sua reinserção no cargo, emprego ou função pública dos quais foram afastados. Inicialmente, portanto, o Estado promoveu o reconhecimento oficial, por lei, de *sua responsabilidade*¹³⁹ pelas mortes e desaparecimentos ocorridos durante o período do regime militar, além de reconhecer como mortas pessoas desaparecidas que tenham sido detidas pelos agentes do regime, sem que delas houvesse notícia até então.

Assim, embora de forma precária e paulatina, o programa de reparações acabou por lançar a semente de um lento processo de conhecimento (e reconhecimento pelo próprio Estado) das violações de direitos humanos praticados por atos de agentes estatais durante o regime militar¹⁴⁰. Com efeito, sendo impossível o direito à reparação ser dissociado completamente do conhecimento e reconhecimento dos fatos justificadores dessa mesma reparação, o programa acabou por romper com o discurso do esquecimento dos fatos do

¹³⁸ BARAHONA, Alexandra. Justiça transicional em câmara lenta: o caso do Brasil. In: PINTO, Antônio; MARTINHO, Francisco (org.). *O passado que não passa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 238.

¹³⁹ Conforme dispõe a Lei n. 9.140/95. Na Exposição de Motivos da referida Lei, consta que o reconhecimento “traduz o restabelecimento de direitos fundamentais de tais pessoas e uma forma de reparação que, sem sentimentos de retaliação, alcance a justiça que o Estado Brasileiro deve a quem seus agentes tenham causado dano. (...) Tal circunstância serve de embasamento ético-jurídico para o Estado, como entidade perene e acima da temporalidade dos governos ou regimes, responsabilizar-se pelo dano causado e procurar reparar o procedimento condenável de seus agentes independentemente da motivação que tenha determinado suas condutas.”

¹⁴⁰ ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo. Mutações do Conceito de Anistia na Justiça de Transição Brasileira. Op. cit. p. 367.

passado, apesar dos esforços do regime anterior em controlar a transição para a democracia com base nesse paradigma. Como afirmam Marcelo Torelly e Paulo Abrão,

É fundamental lembrar, neste momento, que todo o processo transicional brasileiro foi fortemente controlado, de modo a que apenas as dimensões onde o próprio regime acabou sendo menos eficiente em desenvolver sua pauta puderam efetivamente florescer, caso do programa de reparações, previsto pela Constituição, mas integralmente desenhado nos governos democráticos de Fernando Henrique Cardoso e Luiz Inácio Lula da Silva.¹⁴¹

Em virtude disso, há um reconhecimento das narrativas das vítimas, propiciando uma contestação à negação da violência de Estado, que compôs por anos o discurso oficial no país. Assim, as duas principais comissões criadas para dar efetividade ao programa de reparações (Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos, funcionando desde 2005 e a Comissão de Anistia, desde 2002) passaram paralelamente a produzir um acervo documental que registra a violência protagonizada pelo Estado e cria bases para formação de uma vasta *memória* a respeito das violações de direitos humanos durante o regime militar¹⁴². Diversas formas de reparação imaterial foram adotadas pelo Estado nesse ínterim, como projetos para divulgação do trabalho das comissões, exposições documentais e fotográficas, homenagens a desaparecidos políticos, lançamento de periódicos especializados, eventos e audiências públicas, proposta de construção do Memorial da Anistia Política do Brasil, em Belo Horizonte/MG, dentre outros, permitindo a afirmação de que o programa de reparação constituiu o eixo estruturante, até então, da justiça de transição brasileira¹⁴³.

Tais medidas geraram, ao longo dos anos, um amadurecimento do projeto de justiça transicional, assomando-se fatores como o desvelamento da real ocorrência de violações de direitos humanos; a percepção da inconsistência do discurso oficial; uma compreensão mais vigorosa, na sociedade, dos valores democráticos e da consequente repulsa ao autoritarismo; aliados ao ambiente internacional amplamente contrário à prática de torturas

¹⁴¹ ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo. O programa de reparações como eixo estruturante da justiça de transição no Brasil. *Justiça de Transição—Manual para a América Latina*. Brasília/Nova Iorque: Ministério da Justiça/ICTJ, p. 473-516, 2011, p. 514.

¹⁴² *Ibidem*, p. 368.

¹⁴³ Exemplos dessas medidas são o Projeto Direito à Memória e à Verdade da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, com lançamento de “livro-relatório”; a Exposição “Apolônio de Carvalho”, em 2007, sendo levada a outros Estados a partir de 2009; o Memorial “Pessoas Imprescindíveis”, em homenagem aos mortos e desaparecidos políticos, abertos em várias cidades brasileiras; a revista “Anistia Política e Justiça de Transição”, do Ministério da Justiça; bem como as “Caravanas da Anistia”. Cf. ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo. *Op. cit.*, passim.

e demais violações a direitos humanos; além de clivagens partidárias propícias à revisitação dos temas ligados ao regime militar e especialmente ao próprio *status* do processo transicional brasileiro. Assim, o modelo de justiça de transição focado na responsabilização estatal passa a ser questionado e a própria conceituação da Lei da Anistia, repensada. Na percepção de Marcelo Torelly e Paulo Abrão, “este momento de conscientização social sobre o passado gerou a corrosão dos pilares do *negacionismo* e do *esquecimento*, restando funcional apenas o pilar da *impunidade*”¹⁴⁴. Como afirma Eneá de Almeida, a proposta de virada intelectual da justiça de transição para um momento de busca por justiça e não apenas reconhecimento e reparação financeira e simbólica (e ainda que a efetiva punição dos responsáveis pela violação de direitos humanos não possa ser efetivada) é necessária para a consolidação da democracia e fim da *sensação de impunidade* que impregnaria o ambiente político e social brasileiro. Nesse sentido,

[o] objetivo último da dimensão da justiça, que é a prevenção de novas situações de violação de direitos humanos, ou, como afirma o slogan da Comissão de Anistia, “para que não se esqueça, para que nunca mais aconteça”, vai ao encontro dos valores e fundamentos de um Estado Democrático de Direito. No caso brasileiro, o paradigma dos direitos humanos passa a prevalecer após a Constituição de 1988, fortalecendo as ideias de memória, verdade, reparação, mas ainda deixando a desejar no tocante à justiça. Debate-se se a dimensão da justiça fortalecerá a democracia, ou impedirá que a reconciliação nacional ocorra. A rigor, **a possibilidade de processar os perpetradores de violações de direitos humanos, independentemente de qual seja a decisão final em cada caso, já trará a sinalização de que não haverá impunidade**. A sensação de impunidade que ainda resta evidente no Brasil, em especial relativamente às autoridades militares, políticas e econômicas, muitas destas ainda protagonistas nas cenas brasileiras, aumenta a desconfiança da alta fragilidade da nossa democracia. E esta mesma suposta fragilidade é utilizada como argumento para justamente impedir o processamento dos perpetradores de violação de direitos humanos, num círculo vicioso de falsos argumentos e conclusões mais falsas ainda.¹⁴⁵

Inicia-se assim uma nova fase da justiça de transição brasileira, na qual se busca equiparar “anistia bilateral e irrestrita” à impunidade e o discurso da “anistia enquanto esquecimento” a uma narrativa que impede o conhecimento da verdade sobre os fatos ocorridos durante o regime militar, isso ao se considerar que, ainda hoje, dezenas de familiares ainda não conhecem o real paradeiro de parentes desaparecidos em ações do regime

¹⁴⁴ ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo. Op. cit., p. 370.

¹⁴⁵ ALMEIDA, Eneá de Stutz e. Direito à justiça: a questão dos civis que atuaram na ditadura brasileira. In: TOSI, Giuseppe et al (org). *Justiça de transição: direito à justiça, à memória e à verdade*. p. 195-212. João Pessoa: Editora da UFPB, 2014, p. 208-209, sem grifos no original.

de combate à “subversão”¹⁴⁶. Trata-se, portanto, de uma ressignificação institucional e política da ideia de anistia, com o seu conceito, antes considerado um tabu, passando a ser abertamente discutido¹⁴⁷.

Duas séries de eventos merecem destaque nessa ressignificação: iniciativas do Ministério Público Federal e de familiares em ajuizar ações de natureza cível contra agentes reconhecidos como torturadores do regime militar, buscando ou a sua condenação na devolução dos valores dispendidos pelo Estado nas reparações indenizatórias ou a declaração de prática de tortura, e a audiência pública realizada em 2007, no Ministério da Justiça, questionando a interpretação da Lei da Anistia, especialmente seu alcance para os agentes do regime que praticaram atos graves de violação de direitos humanos¹⁴⁸.

Tais eventos geraram uma mobilização institucional em torno do tema da significação da anistia, acarretando, por um lado, o ajuizamento no STF, pelo Conselho Federal da OAB, em agosto de 2008, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 (doravante ADPF 153), buscando declarar que a Lei de Anistia não inclui crimes praticados por agentes do regime militar como a tortura, o desaparecimento forçado, homicídios, estupro e outros; e, por outro, a publicação, em 2009, do Programa Nacional de Direitos Humanos em sua terceira versão - PNDH-3, fixando o Direito à Memória e à Verdade como um dos seus eixos orientadores¹⁴⁹ com destaque para a proposta de criação de uma Comissão Nacional da Verdade (doravante chamada de CNV), objetivando apurar violações graves a direitos humanos como torturas e desaparecimentos ocorridos durante o regime militar.

É possível, assim, afirmar que

estes novos movimentos sociais não se insurgem contra a anistia, que mantém sua centralidade na agenda da Justiça de Transição brasileira desde os anos 1970, mas sim *disputam seu significado*, apontando para uma leitura da *anistia enquanto justiça e verdade*, que exclua dos efeitos da Lei de Anistia de 1979 os graves delitos

¹⁴⁶ A exemplo do caso dos desaparecidos da guerrilha do Araguaia, que motivaram a posterior sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos do caso *Gomes Lund vs. Brasil*, abordado em seguida.

¹⁴⁷ ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo. Op. cit., p. 368.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 369.

¹⁴⁹ “VI - Eixo Orientador VI: Direito à Memória e à Verdade: a) Diretriz 23: Reconhecimento da memória e da verdade como Direito Humano da cidadania e dever do Estado; b) Diretriz 24: Preservação da memória histórica e construção pública da verdade; e c) Diretriz 25: Modernização da legislação relacionada com promoção do direito à memória e à verdade, fortalecendo a democracia.” Cf. BRASIL. Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009. “A prova o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3 e dá outras providências.”

de Estado, os denominados crimes contra a humanidade. Pode-se dizer que buscam gerar as condições objetivas para aproximação com o modelo chileno de Justiça de Transição, onde uma anistia penal para crimes comuns convive com julgamentos por delitos contra graves violações contra os direitos humanos.¹⁵⁰

Contudo, confirmando o relevante papel que o Supremo Tribunal Federal adquiriu na política brasileira das últimas duas décadas, a ressignificação da Lei da Anistia e a própria marcha “evolutiva” da mudança paradigmática da justiça de transição não puderam prosseguir sem o seu aval. Tal perspectiva de compreensão do fenômeno constitucional centrada no Judiciário, aliada a uma postura específica do Supremo Tribunal Federal no trato com questões política sensíveis acarretou, como será visto, dificuldades na reforma institucional e política que se desenhava e na própria percepção da questão pela sociedade.

2.4 A judicialização da justiça de transição: o julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal

Para melhor entender o julgamento feito pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da validade ou não da concessão de anistia “geral e bilateral” por meio de interpretação da Lei n. 6.683/79, é importante conhecer argumentos debatidos e os trâmites do processo judicial submetido à apreciação do STF.

No caso, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental¹⁵¹ (ADPF) n. 153 foi ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB, doravante) em 21 de outubro de 2008, argumentando que a Constituição Federal de 1988 não havia recepcionado o disposto no § 1º do artigo 1º da Lei Federal nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, conhecida como Lei da Anistia. Referido ação se encontra inserida no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade feito pelo Supremo Tribunal Federal, possuindo a decisão proferida nesse contexto caráter *erga omnes* e vinculante para todo os órgãos públicos.

Para compreensão da matéria submetida à apreciação judicial, veja-se o texto do dispositivo legal que foi questionado pelo CFOAB:

¹⁵⁰ ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo. Op. cit., p. 374.

¹⁵¹ Ação constitucional regida pela parágrafo 1º do artigo 102 da Constituição Federal, posteriormente regulamentado pela lei nº 9.882/99, ferramenta posta à disposição para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público (União, estados, Distrito Federal e municípios), incluídos aí a discussão de atos anteriores à promulgação da Constituição, a exemplo da Lei da Anistia.

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado).

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

Segundo alegou o CFOAB, haveria relevante controvérsia constitucional a respeito da divergência de entendimentos externados pelo Ministério das Justiça e da Defesa quanto à concessão de anistia a agentes públicos que seriam responsáveis por crimes como de lesões corporais, desaparecimentos forçados, homicídios, tortura, estupro e atentados violentos ao pudor perpetrados contra opositores políticos ao regime militar. Seguindo essa linha de raciocínio, afirmou que a extensão do benefício da anistia a esses agentes não constituiria uma interpretação acordante com a nova ordem constitucional, pois iria de encontro a diversos preceitos fundamentais da Constituição, como o princípio da isonomia em matéria de segurança (artigo 5º, caput), o preceito fundamental de não ocultação da verdade (artigo 5º, inciso XXXIII, os princípios democrático e republicano (artigo 1º, caput), a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III).

Com base nisso, o CFOAB requereu que o Supremo emitisse interpretação da Lei n. 6.683/69 conforme a Constituição para declarar que a anistia concedida aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes públicos contra opositores políticos durante o regime militar.

Cumprindo o rito da Lei n. 9.882/99, que disciplina o processamento da ação em questão, foram solicitadas informações às duas Casas do Congresso Nacional. A Presidência da Câmara dos Deputados informou que a Lei da Anistia havia sido aprovada na forma de projeto de lei do Congresso, tendo seguido todos os trâmites constitucionais atinentes à espécie, à época. Já o Senado Federal, por sua vez, suscitou preliminares para impedir o conhecimento do mérito da ação, aduzindo inexistir controvérsia judicial relevante sobre o tema. O Advogado-Geral da União apresentou defesa do ato impugnado, anexando informações de diversos órgãos públicos do Poder Executivo. Contudo, incluiu tanto

manifestações favoráveis¹⁵² quanto desfavoráveis¹⁵³ à tese proposta na ação. A Procuradoria-Geral da República, por sua vez, entendeu pela improcedência do pedido, citando registro histórico da edição da norma e destacando seu caráter decisivo para a transição entre o regime militar e o regime democrático atual. Defendeu, desse modo, o caráter amplo e geral da anistia, caráter esse inclusive respaldado por diversos seguimentos da sociedade, segundo dados da época. Várias associações requereram ingresso no feito na condição de *amici curiae*¹⁵⁴, pedidos esses todos deferidos pelo Ministro Relator Eros Grau.

Em 29 de abril de 2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria¹⁵⁵, julgou improcedente a arguição, nos termos do voto do Ministro Relator, com acórdão publicado em 06 de agosto de 2010¹⁵⁶.

O voto do relator, Ministro Relator Eros Graus, foi construído de modo a relacionar o sentido da anistia expressado na lei com o momento histórico vivido no Brasil durante a sua edição. Entendeu que o referido diploma legal decorrera de verdadeira negociação entre a sociedade civil e o regime militar, viabilizando a transição para o regime democrático. Assim, concluiu pelo caráter bilateral, amplo e geral da anistia, de modo que “a lei estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção”. Para Eros Grau, “toda a gente que conhece a nossa História sabe que esse acordo político existiu, resultando no texto da Lei n. 6.683/79”¹⁵⁷, e, citando vários julgados antigos do STF em temas de anistia, como as ocorridas após o Estado Novo, afirma que a interpretação a ser dada tem de ser “ampla e generosa, sob pena de frustrar seus propósitos político-jurídicos”¹⁵⁸

¹⁵² A Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, o Ministério da Justiça e a Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil manifestaram-se pela procedência da ação.

¹⁵³ Nesse sentido, o Ministério das Relações Exteriores, Ministério da Defesa e Consultoria-Geral da União pugnaram pelo não conhecimento do pedido ou pela sua improcedência.

¹⁵⁴ Peticionaram desta forma a Associação Democrática e Nacionalista de Militares – ADNAM, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional – CEJIL, a Associação Brasileira de Anistiados Políticos – ABAP e a Associação de Juízes para a Democracia.

¹⁵⁵ Dois foram os votos divergentes, dos Ministros Lewandowski e Carlos Ayres Brito.

¹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. Relator: Ministro Eros Grau. Data de julgamento: 29 abr. 2010. Data da publicação: 06 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

¹⁵⁷ *Ibidem*, voto do Ministro Eros Grau, parágrafo 36.

¹⁵⁸ *Ibidem*, voto do Ministro Eros Grau, parágrafo 32.

O caráter político do julgamento foi reconhecido explicitamente pelo Ministro Gilmar Mendes, o qual iniciou o voto suscitando o conceito de anistia como “ato revestido de caráter eminentemente político” cuja amplitude deve ser também “definida de forma política”¹⁵⁹. Seguiu afirmando não haver incompatibilidade entre a anistia ampla e geral e a Constituição de 1988, a qual teria sido fruto do conteúdo pactual da primeira. Na mesma linha seguiram os Ministros Ellen Gracie e Marco Aurélio¹⁶⁰

O Ministro Celso de Mello, seguindo o relator, entendeu que a anistia teve o “elevado propósito” de viabilizar a transição entre o regime autoritário e o regime democrático, se fazendo inequivocamente bilateral e recíproca, “com a finalidade de favorecer aqueles que, em situação de conflitante polaridade e independentemente de sua posição no arco ideológico, protagonizaram o processo político ao longo do regime militar”¹⁶¹.

Além desse ponto, os ministros Cezar Peluso e Celso de Mello¹⁶² entenderam que havia uma cláusula de interpretação *autêntica* no próprio diploma normativo, o qual considerou conexos os “crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”, conforme se leria no § 1º do artigo 1º da referida Lei. Por isso, concluiu o Ministro Peluso, a própria lei “define o que deva, no seu contexto, ser entendida como crimes conexos”.

Por fim, o Ministro Celso de Mello ainda afirma que eventual pretensão punitiva estaria coberta pela prescrição penal¹⁶³ e que a Lei em questão seria “insuprimível”, ainda que posteriormente revogada, pois teria exaurido seus efeitos:

É tão intensa a intangibilidade de uma lei de anistia, desde que validamente elaborada (como foi a Lei nº 6.683/79), que, uma vez editada (e exaurindo, no instante mesmo do início de sua vigência, o seu conteúdo eficaz), os efeitos jurídicos que dela emanam não podem ser suprimidos por legislação superveniente, sob pena de a nova lei incidir na proibição constitucional que veda, de modo absoluto, a aplicação retroativa de leis mais gravosas.¹⁶⁴

¹⁵⁹ Ibidem, voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 234.

¹⁶⁰ Ibidem, votos dos Ministros Ellen Gracie e Marco Aurelio, p. 153 e 156.

¹⁶¹ Ibidem, voto do Ministro celso de Melo, p. 170.

¹⁶² Ibidem, votos dos Ministros Celso de Melo e Cezar Peluso, p. 170 e 206.

¹⁶³ Ibidem, voto do Ministro Celso de Melo, p. 192.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 184.

A mesma linha de raciocínio seguiu a Ministra Carmen Lúcia, assinalando que eventual *mudança de interpretação* da norma questionada, “em primeiro lugar, não poderia retroagir se não fosse para beneficiar até mesmo o condenado; em segundo lugar, teria de ser sobre norma ainda não exaurida em sua aplicação”, sob pena de funcionar como uma “revisão criminal às avessas”¹⁶⁵.

Já os votos vencidos dariam, cada um ao seu modo, provimento à arguição para viabilizar a persecução criminal de agentes do regime militar por violações graves de direitos humanos. O Ministro Ricardo Lewandowski destacou a impossibilidade de se atribuir sentido idêntico a expressão crimes comuns e crimes políticos, de forma que a conexão manifestada pela própria lei teria sido empregada de forma tecnicamente equivocada¹⁶⁶. A obrigação de o Brasil cumprir os compromissos internacionais que possui no campo da proteção dos direitos humanos, asseverando que os delitos discutidos na ADPF, praticados por agentes do regime, já eram repreendidos pelo sistema jurídico da época e também pelos pactos internacionais firmados pelo país¹⁶⁷. Conclui pela procedência da ação para dar interpretação conforme a Lei n. 6.683/79, de forma a não anistiar automaticamente os agentes do Estado, devendo-se proceder a uma análise caso a caso, mediante critérios de preponderância e atrocidade dos meios, para averiguar se foram cometidos crimes comuns ou crimes que poderiam ser considerados conexos com crimes políticos¹⁶⁸.

O Ministro Ayres Brito, por sua vez, construiu seu voto com base no argumento de que os crimes então discutidos foram praticados à margem de “qualquer ideia de criminalidade política pura ou por conexa”¹⁶⁹, não se podendo aplicar a Lei de Anistia para impedir a persecução criminal desses agentes do Estado. Afirma, ainda, que o “método histórico” não seria apropriado para analisar o caso em questão¹⁷⁰. Conclui por julgar parcialmente procedente a ADPF para afastar qualquer interpretação da Lei da Anistia que signifique anistiar crimes previstos no inciso XLIII do art. 5º da Constituição (hediondos e equiparados, especialmente homicídio, tortura e estupro).

¹⁶⁵ Ibidem, voto da Ministra Carmen Lúcia, p. 90-91.

¹⁶⁶ Ibidem, voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 126.

¹⁶⁷ Idem.

¹⁶⁸ Idem.

¹⁶⁹ Ibidem, voto do Ministro Carlos Ayres Brito, p. 137.

¹⁷⁰ Idem.

O julgamento em questão foi recebido de forma controversa pelo público. Enquanto uns louvaram o que teria sido um “basta” definitivo a um retrocesso histórico, reabrindo feridas antigas por puro desejo de revanchismo, outros setores da sociedade e do próprio Estado reivindicaram o equívoco na decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, como se verá a seguir.

2.5 Reações ao julgamento da ADPF 153

Apesar de assumir publicamente o discurso de detentor da última palavra em matéria constitucional, e de ter encerrado “definitivamente” o caso acerca da validade da Lei da Anistia e de sua não aplicação aos agentes do regime que houvessem cometido crimes comuns conexos aos políticos, o Supremo Tribunal Federal se viu diante de uma inusitada série de reações fortemente institucionalizadas à sua decisão, pondo em dúvida o próprio caráter “definitivo” do controle concentrado de constitucionalidade. O ponto em comum de todas essas reações é o paradoxal descontentamento com a solução encontrada pela Corte no tema: um misto de desapontamento com a defesa feita pelo Supremo em matéria de proteção de direitos individuais e uma insatisfação com o naufrágio do projeto de evolução do conceito de anistia, o qual, como visto, migrava da noção de “perdoar e esquecer” para uma justiça de transição focada “na justiça e no conhecimento da verdade”.

2.5.1 O julgamento do caso Gomes Lund vs. Brasil pela Corte Interamericana de Justiça

O julgamento do caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, em 24 de novembro de 2010, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante CIDH) ficou registrado como sendo a primeira oportunidade em que um tribunal internacional analisou um caso de violações de direitos humanos praticado no Brasil durante o regime militar.

Atendendo a pedido, feito ainda no ano de 1995, por familiares de desaparecidos políticos do evento conhecido como “Guerrilha do Araguaia”, no qual há relatos confirmados de graves violações de direitos humanos por parte dos militares, a CIDH apontou a responsabilidade internacional do Estado brasileiro pelo desaparecimento forçado dos guerrilheiros do Araguaia e, por conseguinte, a obrigação de que sejam realizados todos os

esforços para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas e também, se for possível, identificar e entregar os restos mortais a seus familiares. Determinou, ainda, a continuidade das ações desenvolvidas em matéria de capacitação dos militares e a implementação, em um prazo razoável, de um programa ou curso permanente e obrigatório sobre direitos humanos, dirigido a todos os níveis hierárquicos das Forças Armadas.

Em relação ao julgamento da ADPF 153, entendeu a CIDH em manifestação fortemente simbólica, apenas dois meses após o julgamento do Supremo, que a interpretação dada pelo Judiciário brasileiro à Lei de Anistia de 1979, impedindo a investigação, julgamento e sanção dos responsáveis pelas graves violações de direitos humanos praticadas por agentes do próprio regime militar, afetou um dever internacional do Estado. Segundo entendeu a Corte, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos já impunha ao Estado brasileiro a obrigação de investigar e punir tais práticas, de modo que o país estaria violando a garantia do direito à proteção judicial em face da falta de investigação, persecução, julgamento e eventual punição dos responsáveis pelos delitos. Confirma-se, pela sua relevância, o entendimento expresso pela CIDH:

172. A Corte Interamericana considera que a forma na qual foi interpretada e aplicada a Lei de Anistia aprovada pelo Brasil (pars. 87, 135 e 136 *supra*) afetou o dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos, ao impedir que os familiares das vítimas no presente caso fossem ouvidos por um juiz, conforme estabelece o artigo 8.1 da Convenção Americana, e violou o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 do mesmo instrumento, precisamente pela falta de investigação, persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos, descumprindo também o artigo 1.1 da Convenção. Adicionalmente, ao aplicar a Lei de Anistia impedindo a investigação dos fatos e a identificação, julgamento e eventual sanção dos possíveis responsáveis por violações continuadas e permanentes, como os desaparecimentos forçados, o Estado descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno, consagrada no artigo 2 da Convenção Americana.

173. [...] Em um caso como o presente, uma vez ratificada a Convenção Americana, corresponde ao Estado, em conformidade com o artigo 2 desse instrumento, adotar todas as medidas para deixar sem efeito as disposições legais que poderiam contrariá-lo, como são as que impedem a investigação de graves violações de direitos humanos, uma vez que conduzem à falta de proteção das vítimas e à perpetuação da impunidade, além de impedir que as vítimas e seus familiares conheçam a verdade dos fatos.

174. Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos. Em consequência, não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil.

[...]

176. Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um “controle de convencionalidade” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.

177. No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento.[...].¹⁷¹

Passados três anos e onze meses da publicação da sentença, a CIDH publicou “Resolução de supervisão de cumprimento de sentença”, em 17 de outubro de 2014, entendendo pelo cumprimento parcial do julgado¹⁷², destacando-se a insatisfação daquela Corte com a manutenção do entendimento, fixado pelo STF, sobre a aplicabilidade da Lei da Anistia de forma a obstar a investigação e punição dos crimes cometidos por agentes do regime:

22. Com base nas considerações anteriores, a Corte reconhece e avalia positivamente os esforços do Ministério Público Federal para avançar no cumprimento da obrigação de investigar de outras graves violações ocorridas durante a ditadura militar. Contudo, **estes esforços são infrutíferos em razão da posição de determinadas autoridades judiciais com respeito à interpretação da Lei de Anistia**, a prescrição e a falta de tipificação do delito de desaparecimento forçado. De acordo com o Direito Internacional, que foi soberanamente aceito pelo Estado, é inaceitável que uma vez que a Corte Interamericana tenha proferido uma Sentença o direito interno ou suas autoridades pretendam deixá-la sem efeitos. Portanto, **o Brasil não pode opor decisões adotadas no âmbito interno como justificativa de seu descumprimento da sentença proferida por este tribunal internacional de direitos humanos, nem sequer quando tais decisões provenham do tribunal da mais alta hierarquia no ordenamento jurídico nacional**. Independentemente das interpretações que se realizem no âmbito interno, a Sentença

¹⁷¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs Brasil. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf> Acesso em: 30 ago. 2013, p. 111.

¹⁷² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolução de supervisão de cumprimento da sentença do Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs Brasil, de 17 out 2014. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gomes_17_10_14_por.pdf> Acesso em: 10 jan 2015, p. 40.

proferida pela Corte Interamericana neste caso tem caráter de coisa julgada internacional e é vinculante em sua totalidade. Portanto, resulta contrário às obrigações convencionais do Brasil que se interprete e aplique no âmbito interno a Lei de Anistia desconhecendo o caráter vinculante da decisão já proferida por este Tribunal.¹⁷³

Embora o procedimento na CIDH tenha se iniciado muito tempo antes do julgamento da ADPF 153, observa-se que o julgamento do caso após meros dois meses da manifestação do Supremo Tribunal Federal na ADPF 153 configurou, claramente, uma reação à posição do STF de detentor da última palavra a respeito da “convencionalidade” da Lei da Anistia, fato que, para o Supremo Tribunal Federal, não difere da análise de constitucionalidade desse mesmo dispositivo legal. Trata-se, portanto, de uma “quebra de braço” explícita a respeito da autoridade decisória final a respeito do caso, tendo ambas as Cortes se arvorado na posição de intérprete “final” da questão.

2.5.2 Investigações e ações movidas pelo Ministério Público Federal em face de agentes da ditadura

A Resolução de cumprimento da CIDH, acima mencionada, destaca a existência de ações movidas pelo Ministério Público Federal (doravante MPF) com intenção de buscar a persecução penal de agentes da ditadura por violações graves de direitos humanos, passando ao largo do que foi decidido pelo STF a respeito da plena aplicabilidade da Lei da Anistia aos “crimes conexos” praticados por esses agentes.

Nesse sentido, foram instauradas quase duzentas investigações sobre o tema e ajuizadas seis ações penais, todas partindo de premissa, fixada institucionalmente por grupo de trabalho específico do MPF, no sentido de “não aplicar a Lei de Anistia aos agentes de crimes” e “não aplicar prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, ne bis in idem ou qualquer excludente similar de responsabilidade criminal para eximir-se do cumprimento da obrigação determinada pela Corte”¹⁷⁴.

¹⁷³ Ibidem, p. 12, sem grifos no original.

¹⁷⁴ BRASIL. Ministério Público Federal. Grupo de trabalho justiça de transição: atividades de persecução penal desenvolvidas pelo Ministério Público Federal: 2011-2013, DODGE, Raquel Elias Ferreira (coord.), Brasília: MPF/2ª CCR, 2014, p. 55.

Segundo relatório constante no *site* eletrônico do MPF¹⁷⁵, foram denunciados criminalmente os seguintes agentes do Estado, até 2013, acusados de crimes contra a humanidade: Sebastião Curió Rodrigues de Moura, ex-integrante do quadro do Exército Brasileiro, lotado na terceira incursão das Forças Armadas no sul/sudeste do Pará e norte do Tocantins, organizada com o fim de eliminar os integrantes do PC do B que convocavam camponeses para fazer oposição ao regime ditatorial (evento “Guerrilha do Araguaia”); Carlos Alberto Brilhante Ustra, ex-comandante operacional do DOI-CODI-II Exército; Dirceu Gravina, ex-integrante da equipe de interrogatório do DOI-CODI e atual delegado da Polícia Civil de São Paulo; Alcides Singillo, delegado de Polícia Civil aposentado, lotado no DEOPS/SP à época; Carlos Alberto Augusto, ex-investigador de polícia, também lotado no DEOPS/SP no período ditatorial; e Lício Augusto Maciel, ex-major do Exército e ex-integrante do CIE, órgão federal incumbido do planejamento das ações de repressão política aos dissidentes do regime.

Vale destacar que várias dessas denúncias foram normalmente processadas pelos juízes de primeira instância, entendendo-se pela inaplicabilidade da Lei da Anistia para o caso. Em outros casos, houve rejeição liminar da ação penal por Tribunais de segunda instância em razão do acolhimento da tese de defesa da prescrição dos crimes (caso de Sebastião Curió e Lício Maciel), bem como em razão da aplicabilidade da Lei da Anistia (caso de Brilhante Ustra). Nesse ponto, vale transcrever as razões de recurso interposto pelo MPF no caso de Brilhante Ustra, que torna claro o apego institucional daquele órgão à tese de prevalência hierárquica da sentença da CIDH em face da decisão do STF na ADPF 153:

E não se alegue que cabe primeiro ao STF reanalisar a questão para que, após, os demais magistrados passem a cumprir a decisão da Corte [Interamericana de Direitos Humanos]. As decisões posteriores, proferidas por tribunais competentes para a matéria, devem ser cumpridas imediatamente por todos os magistrados, inclusive de Primeira Instância.¹⁷⁶

¹⁷⁵ BRASIL. Ministério Público Federal. Relatório preliminar de atos de persecução penal desenvolvidos pelo MPF acerca de graves violações de direitos humanos cometidas por agentes do Estado durante a ditadura.. Disponível em <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/Relatorio_Crimes%20Ditatura_completo.pdf>, acesso em 15 jan 2015.

¹⁷⁶ BRASIL. Ministério Público Federal. Razões de recurso em sentido estrito. Processo nº 0004204-32.2012.403.6181. Ministério Público Federal v. Carlos Alberto Brilhante Ustra e outro. 28.05.2012, p. 14.

Todavia, em que pese as tentativas do Ministério Público Federal de incrementar a aplicabilidade da decisão da CIDH, segundo o Grupo de Trabalho Justiça de Transição do Ministério Público Federal,

[o] Poder Judiciário – é preciso admitir – ainda não tem revelado o mesmo [em relação ao MPF] grau de comprometimento com as obrigações internacionais do Estado brasileiro no que se refere à matéria objeto deste relatório. Das seis ações ajuizadas, duas foram liminarmente rejeitadas, e uma foi suspensa por força de liminar concedida pelo TRF da 1ª Região. Como já mencionado, o MPF já recorreu contra tais decisões, mas o fato é que o andamento do processo criminal encontra-se sobrestado em metade das ações.¹⁷⁷

Com efeito, já em 2014, foi ajuizada ação penal pelo MPF em face dos ex-agentes do regime acusados do homicídio do ex-deputado federal Rubens Paiva. Referida denúncia foi recebida para processamento pelo juiz de primeira instância, tendo sido, contudo, objeto de Reclamação Constitucional junto ao Supremo Tribunal Federal por partes dos réus, pleiteando a aplicabilidade do entendimento firmado na ADPF 153 e declaração de que eventuais crimes estariam acobertados pela anistia. Na apreciação liminar da questão, o Ministro Teori Zavascki manifestou-se pelo trancamento do andamento da ação penal, representando a primeira oportunidade em que algum membro do STF enfrentou a questão da aplicabilidade ou não do precedente firmado na ADPF 153, após quatro anos de seu julgamento. A decisão, ainda que provisória, foi lançada nos seguintes termos, eloquentes no tocante à valorização da “última” palavra dada pela Corte sobre o caso:

São relevantes os fundamentos deduzidos na presente reclamação. Em juízo de verossimilhança, não há como negar que a decisão reclamada é incompatível com o que decidiu esta Suprema Corte no julgamento da ADPF 153, em que foi afirmada a constitucionalidade da Lei 6.683/79 (Lei de Anistia) e definido o âmbito da sua incidência (crimes políticos e conexos no período de 02/09/1961 a 15/08/1979, entre outros).¹⁷⁸

Por fim, vale mencionar que o Ministério Público Federal divulgou nota pública no sentido de que se utilizará da lista de 377 nomes de “responsáveis pela violação de graves

¹⁷⁷ BRASIL. Ministério Público Federal. Grupo de trabalho justiça de transição: atividades de persecução penal desenvolvidas pelo Ministério Público Federal: 2011-2013. Op. cit., p. 246.

¹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão liminar na Reclamação n. 18.686-RJ. Relator Ministro Teori Zavascki. José Antônio Nogueira Belham e outros vs. Juiz Federal da 4ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Data de julgamento: 29 set 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+18686%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/nmfjsc3>. Acesso em 10 fev 2015.

direitos humanos”, composta em sua maioria por agentes do regime, constante no relatório final da Comissão da Verdade (abordado em tópico seguinte), para iniciar investigações criminais¹⁷⁹.

A postura institucional do órgão que, no Brasil, detém a titularidade exclusiva da ação penal pública, reforça o argumento de que a decisão do STF na ADPF 153 é desafiada de forma articulada e explícita por praticamente todos os atores envolvidos no processo transicional, embora se mantenha visivelmente hígida, apoiada pela autoridade e definitividade construídas em torno das manifestações do Supremo Tribunal Federal ao interpretar a Constituição.

2.5.3 Recurso de embargos de declaração do CFOAB ao julgamento da ADPF 153 e nova ADPF movida pelo PSOL

O CFOAB, autor da ADPF 153, insatisfeito com o resultado do julgamento, interpôs recurso de embargos declaratórios em face do acórdão prolatado pelo STF, questionando, entre outras questões, o fato de ter sido o Brasil condenado pela CIDH após a decisão do STF, o que deve ser considerado em novo julgamento para o fim de reformar a decisão anterior e declarar, portanto, a Lei da Anistia incompatível com a Constituição no ponto em que beneficiaria os agentes do regime que praticaram crimes comuns.

Além do recurso interposto pelo CFOAB, outra medida foi adotada como forma de questionar a autoridade do Supremo na decisão da ADPF 153: trata-se de nova ADPF, de nº 320, movida pelo PSOL (Partido Socialismo e Liberdade), pretendendo, assim como pretendia o CFOAB, afastar a aplicação da Lei da Anistia (Lei 6.683/1979) às graves violações de direitos humanos cometidos por agentes públicos, sejam eles militares ou civis. Todavia, o fundamento elencado pelo PSOL para revisão da postura do STF é justamente a condenação do Estado brasileiro pela CIDH em razão de crimes cometidos na chamada Guerrilha do Araguaia, no Caso Gomes Lund e outros v. Brasil. Segundo sustenta o partido autor, a sentença da CIDH continua sem cumprimento mesmo passados três anos e meio de sua publicação, o que representaria uma violação da ordem constitucional brasileira, já que a

¹⁷⁹ ARRUDA, Roldão. MPF vai intensificar ações contra militares citados em relatório. *O Estado de São Paulo*. 05 fev 2015. Disponível em < <http://politica.estadao.com.br/blogs/roldao-arruda/mpf-vai-intensificar-aco-es-contra-militares-citados-em-relatorio> >. Acesso em 01.03.2015.

efetivação dessa decisão internacional seria um dever expresso na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil.

Vale frisar que o Ministério Público Federal, diferentemente do que ocorreu na ADPF 153, ao se manifestar nos autos nos autos da ADPF 320 como *custos legis*, referendou a tese de que graves violações de direitos humanos cometidas durante a ditadura militar são crimes contra a humanidade e, por isso, imprescritíveis, sendo necessária providenciar o cumprimento de sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) sobre o tema, opinando, assim, pelo provimento à arguição proposta pelo PSOL.¹⁸⁰

Ambos as medidas, que também compreendem mecanismos de revisão do que restou assentado pelo STF no julgamento da ADPF 153, restam ainda pendentes de julgamento pelo Corte.

2.5.4 Propostas legislativas

No caso da ADPF 153, a presente pesquisa encontrou duas propostas legislativas lançadas no Congresso Nacional objetivando especificamente rediscutir a decisão do Supremo, o que demonstra a insatisfação também do parlamento com o resultado do julgamento.

A primeira proposta, Projeto de Lei n. 573/2011, de autoria da deputada Luiza Erundina - PSB/SP, foi apresentada em 23 de fevereiro de 2011 e busca dar interpretação “autêntica” ao disposto no art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, de forma a afastar a aplicação da anistia aos agentes do regime militar que porventura tenham cometido crimes políticos¹⁸¹.

Interessante observar que, em sua justificativa, a autora da projeto declara expressamente que a iniciativa legislativa tem por objetivo reabrir a discussão que o STF afirma ter encerrado, afirmando categoricamente que a decisão na ADPF 153 “não encerrou o debate levantado em torno do âmbito da anistia declarada pela Lei nº 6.683, de 28 de agosto

¹⁸⁰ BRASIL. PGR defende não aplicação de parte da Lei da Anistia. *Procuradoria-Geral da República*. 29 ago 2014. Disponível em http://noticias.pgr.mpf.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_criminal/pgr-defende-nao-aplicacao-de-parte-da-lei-da-anistia/. Acesso em 15.01.2015.

¹⁸¹ BRASIL. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 573, de 23 de fevereiro de 2011. Dá interpretação autêntica ao disposto no art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=493311>. Acesso em 15.01.2015

de 1979”¹⁸². Há parecer da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos deputados pela inconstitucionalidade e antijuridicidade do projeto”, que pende de deliberação final naquela comissão.

Em segundo lugar, há o Projeto de Lei do Senado nº 237, de 16 de junho de 2013, de autoria do Senador Randolfe Rodrigues do PSOL/AP¹⁸³. Ele busca definir “crime conexo, para fins do disposto no art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979”. Na justificativa do Projeto de Lei, destaca-se o fato de o autor mencionar a frase do Relator da ADPF 153, Ministro Eros Grau, que atribui ao Legislativo a responsabilidade para revisar a Lei da Anistia¹⁸⁴, em uma espécie de tentativa de diálogo entre instituições, o que será abordado de forma mais cuidadosa adiante. Assim como a Deputada Erundina, o autor do projeto de lei afirma que

“o objetivo da proposta é superar o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da ADPF 153 de que crimes como tortura, sequestro e homicídio cometidos durante o regime militar sejam considerados conexos aos crimes políticos e, portanto, abrangidos pela Lei de Anistia.”¹⁸⁵

A proposta legislativa foi aprovada na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) do Senado Federal e seguiu para exame das comissões de Relações Exteriores e Defesa Nacional (CRE) e de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), onde aguarda deliberação.

Reações legislativas às decisões do Supremo Tribunal federal são de certa forma comuns: em maior ou menor grau, o Parlamento atualmente tende a discutir e se amoldar aos entendimentos sobre constitucionalidade da Corte em suas propostas. Todavia, projetos legislativos deliberadamente voltados para *desafiar* a decisão da Corte, como os duas

¹⁸² Idem.

¹⁸³ BRASIL. Projeto de Lei do Senado Federal n. 237, de 16 de junho de 2013. Define crime conexo, para fins do disposto no art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=113220. Acesso em 15.01.2015

¹⁸⁴ Consta na referida justificativa: “Nas palavras do relator, Ministro Eros Grau, um novo entendimento do significado e abrangência da expressão “crimes conexos” só poderia advir de uma revisão da Lei da Anistia, a ser promovida pelo Poder Legislativo.” Cf. Idem.

¹⁸⁵ BRASIL. Revisão da Lei da Anistia avança no Senado. *Agência Senado*, 09 abr 2014. Disponível em <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/04/09/revisao-da-lei-de-anistia-avanca-no-senado>. Acesso em 15.01.2015.

mencionados acima, são bem infrequentes¹⁸⁶, pois podem gerar elevado desgaste político. Evidentemente que isso apenas demonstra a explícita insatisfação com o entendimento firmado por meio da deliberação do STF na ADPF 153, no sentido de manter a aplicação da Lei da Anistia de forma a impedir a persecução penal de ex-agentes do regime.

2.5.5 O relatório final da Comissão Nacional da Verdade

A criação de uma Comissão Nacional da Verdade (doravante chamada CNV), nos moldes da experiência internacional, como o da famosa Comissão da Reconciliação e da Verdade (TRC, na sigla original), da África do Sul, e da Comissão Nacional sobre o Desaparecimento de Pessoas (CONADEP), criada pelo governo argentino do presidente Raul Alfonsín, é fruto da mudança valorativa a respeito da Justiça de Transição brasileira. Embora sua criação possa ser tachada de tardia, a criação da CNV vem ao encontro da guinada na justiça de transição, a qual, como visto, passou a se preocupar não apenas com reparações materiais aos prejudicados, mas com o esclarecimento de fatos e produção de uma memória pública a respeito das violações de direitos humanos ocorridas pelo regime anterior.

A CNV foi criada pela Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011, juntamente com a publicação da Lei nº 12.527/2011, chamada Lei de Acesso à Informação (LAI), que garante maior transparência aos documentos públicos e restringe a possibilidade da classificação de informações, beneficiando os trabalhos de registros e esclarecimento de circunstâncias das violações de direitos humanos praticados entre 1946 e 1988. Juntamente com a CNV, diversas outras comissões da verdade foram formadas no âmbito estadual, municipal, universitário, sindical e também de seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), ultrapassando uma centena de instituições independentes voltadas para o registro e esclarecimento dos fatos também investigados pela CNV, permitindo um grande intercâmbio de dados e de achados históricos¹⁸⁷.

Em maio de 2012, após sua instalação formal, começaram os trabalhos da CNV. Em 14 de dezembro de 2014, após a colheita de 1.120 depoimentos – 132 de agentes militares – produção de 21 laudos periciais e realização de 80 audiências públicas em 15 estados, a

¹⁸⁶ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 135.

¹⁸⁷ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Op. cit, p. 23.

Comissão fez publicar seu relatório final. Neste, acolhe-se a tese de que a prática de violações de direitos humanos era institucionalizada no âmbito do regime, não consistindo, portanto, em atos isolados praticados fora da cadeia de comando militar (tese da “negação” que sempre foi sustentada oficialmente pelas autoridades militares, como esclarecido no início desse capítulo). Nesse ponto a conclusão da CNV é enfática:

Conforme se encontra amplamente demonstrado pela apuração dos fatos apresentados ao longo deste Relatório, as graves violações de direitos humanos perpetradas durante o período investigado pela CNV, especialmente nos 21 anos do regime ditatorial instaurado em 1964, foram o resultado de uma ação generalizada e sistemática do Estado brasileiro. Na ditadura militar, a repressão e a eliminação de opositores políticos se converteram em política de Estado, concebida e implementada a partir de decisões emanadas da presidência da República e dos ministérios militares. Operacionalizada através de cadeias de comando que, partindo dessas instancias dirigentes, alcançaram os órgãos responsáveis pelas instalações e pelos procedimentos diretamente implicados na atividade repressiva, essa política de Estado mobilizou agentes públicos para a prática sistemática de detenções ilegais e arbitrárias e tortura, que se abateu sobre milhares de brasileiros, e para o cometimento de desaparecimentos forçados, execuções e ocultação de cadáveres. Ao examinar as graves violações de direitos humanos da ditadura militar, a CNV refuta integralmente, portanto, a explicação que até hoje tem sido adotada pelas Forças Armadas, de que as graves violações de direitos humanos se constituíram em alguns poucos atos isolados ou excessos, gerados pelo voluntarismo de alguns poucos militares.¹⁸⁸

Seguindo essa linha de raciocínio e fortalecendo a mudança paradigmática da Justiça de Transição brasileira para uma busca por “verdade e justiça”, a CNV aponta 377 pessoas como responsáveis diretas ou indiretas pela prática de tortura e assassinatos durante a ditadura militar, entre 1964 e 1985. Os responsáveis foram categorizados em três tipos, de acordo com a participação de cada um: responsabilidade político-institucional; responsabilidade pela gestão de estruturas e procedimentos; e responsabilidade pela autoria direta nos crimes. O Relatório Final aponta textualmente nomes de militares e agentes diretamente envolvidos em mortes, desaparecimentos forçados e torturas de opositores ao regime, recomendando a necessidade de sua persecução penal, a despeito do que restou decidido pelo STF na ADPF 153. A recomendação em questão é para que haja a:

[d]eterminação, pelos órgãos competentes, da responsabilidade jurídica – criminal, civil e administrativa – dos agentes públicos que deram causa às graves violações de direitos humanos ocorridas no período investigado pela CNV, afastando-se, em relação a esses agentes, a aplicação dos dispositivos concessivos de anistia inscritos nos artigos da Lei no 6.683, de 28 de agosto de 1979, e em outras disposições constitucionais e legais.

¹⁸⁸ Ibidem. p. 963.

(...) A justificativa para a recomendação em questão é a de que A CNV considerou que a extensão da anistia a agentes públicos que deram causa a detenções ilegais e arbitrárias, tortura, execuções, desaparecimentos forçados e ocultação de cadáveres é incompatível com o direito brasileiro e a ordem jurídica internacional, pois tais ilícitos, dadas a escala e a sistematicidade com que foram cometidos, constituem crimes contra a humanidade, imprescritíveis e não passíveis de anistia.¹⁸⁹

Interessante observar que, aqui também, houve claro enfrentamento e refutação da tese sustentada pelo STF na ADPF 153, o que corrobora a alegação de que, longe de pôr um ponto final na questão, o Supremo deu azo a uma radicalização de posicionamentos contrários à tese por ele sustentada, tanto institucionalmente como em setores específicos da sociedade ligados à Justiça de Transição.

Até agora, viu-se como os esforços evolutivos dentro da Justiça de Transição se depararam com uma questão moral altamente controversa, a saber, a possibilidade de punição de agentes do regime pela prática de graves violações de direitos humanos praticados durante o regime militar. Em face da doutrina da supremacia judicial largamente adotada no Brasil, referida controvérsia moral requereu a tomada de posição “definitiva” do Supremo Tribunal Federal, posição esta que vem sendo largamente criticada. Passa-se, agora, à análise das consequências que a pretensão de definitividade dessa deliberação do STF acarretou para o próprio julgamento por ele empreendido e também para a Justiça de Transição.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 965-966.

3. As consequências para a Justiça de Transição da atribuição da “última palavra” ao Supremo Tribunal Federal

3.1 Considerações iniciais

O desenho institucional traçado pela Constituição de 1988 reservou ao Supremo Tribunal Federal a incumbência de decidir a respeito da constitucionalidade de leis e até de emendas constitucionais. Como visto, enraigou-se na cultura constitucional brasileira a suposição de que, no Brasil, referida previsão normativa deve ser lida de modo a atribuir a esta instituição a capacidade de decidir de forma definitiva a respeito de direitos fundamentais e questões constitucionais em geral¹⁹⁰.

No primeiro capítulo, explicitaram-se as bases teóricas voltadas para a discussão acerca da atribuição da última palavra em termos de interpretação constitucional às Cortes Constitucionais em detrimento de instituições representativas, como o parlamento, indicando-se de que forma houve a assunção desse papel pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil. Nesse ponto, sobressaem-se as críticas que esse modelo proporciona e as chances perdidas de diálogo constitucional que se propõe atualmente para tentar solucionar o impasse causado, para a democracia, de uma postura “supremocrática”, como a que vem sendo praticada pelo STF.

Consoante essa compreensão, a decisão do STF no julgamento da ADPF 153 é considerada, para todos os efeitos, uma deliberação definitiva sobre a matéria, isto é, não haveria mais dúvidas a respeito da interpretação da Lei da Anistia, sua plena aplicabilidade e a impossibilidade de persecução penal de agentes do regime que tivessem praticado violações a direitos humanos tipificadas como crime à época dos fatos. Não obstante esse entendimento, descreveram-se no capítulo anterior as reações institucionais e da sociedade civil organizada em face da decisão do Supremo, o que, além de mera insatisfação diante de uma decisão judicial, representa um contraste à própria posição do STF de detentor da “última palavra” a respeito da Constituição, ao menos para tratar do caso em questão.

No presente capítulo, o objetivo é tomar como exemplo esse processo de judicialização da Justiça de Transição no Brasil e a forte reação ao julgamento do STF para

¹⁹⁰ MENDES, Conrado Hübner. Op. cit., p. 217.

buscar entender as consequências trazidas por essa cultura jurídica constitucional brasileira, baseada na assunção, pelo Supremo, da posição de detentor da última palavra sobre interpretação da Constituição.

Quatro elementos anteriormente analisados quando das críticas da supremacia judicial mostraram-se presentes com o julgamento da ADPF 153 e serão objeto de análise: (i) o forma como Supremo decidiu em controle de constitucionalidade levou a uma insuficiência do cumprimento do ônus deliberativo do órgão; (ii) do ponto de vista democrático, a cultura jurídica e a assunção pelo Tribunal do peso de decidir por último acarretou uma assimilação da política da Justiça de Transição pelo Judiciário: há uma repetição argumentativa voltada apenas para reformulação do convencimento do Supremo; ações do MPF, tentativas de *overruling* e, especialmente, uma experiência de transconstitucionalismo com a tentativa de aplicação da sentença da CIDH; (iii) no que diz respeito ao papel de “catalisador de boas razões” que o Supremo poderia assumir, o que se viu foi um fechamento decisório que inviabiliza um diálogo institucional entre Poderes a respeito da justiça de transição, fazendo com que se busquem novas autoridades decisórias (CIDH) e não novas – e melhores – razões para mudança paradigmática; (iv) a tensão produtiva entre democracia e constitucionalismo é sensivelmente bloqueada pela forma como o Supremo enfrentou o caso – abordando minuciosamente questões que lhe eram alheias e olhando para o passado – não viabilizando assim qualquer tipo de amadurecimento constitucional a respeito do papel da justiça de transição e do discurso da reconciliação nacional.

3.2 A análise histórica e a insuficiência do cumprimento do ônus deliberativo pelo Supremo Tribunal Federal

Como visto, a deliberação do Supremo no julgamento da ADPF 153 tomou por base uma compreensão da anistia que a vincula ao “esquecimento” dos fatos do passado autoritário, permitindo um “recomeço” democrático. É a anistia enquanto “perdão”, como visto no capítulo anterior. O Tribunal atrelou essa concepção de anistia ao “discurso da reconciliação nacional”, de forma a afirmar que o perdão teria servido como pressuposto da própria democracia que estava então por vir.

Para a concepção do STF, portanto, o pedido contido na ADPF 153 constituía clara tentativa de se *alterar fatos do passado*. A discussão travada no seio do julgamento, portanto, ficou quase que restrita à discussão sobre uma *verdade histórica*, qual seja: o que a

sociedade brasileira queria com a Lei da Anistia? Trata-se, sem dúvida, de uma pergunta sobremaneira difícil de responder, especialmente quando se considera que a história, assim como as demais ciências sociais, sofreu o impacto da crise do modelo newtoniano, mostrando ser epistemologicamente impossível a busca por uma verdade histórica¹⁹¹. Deve-se ter em mente que a interpretação judicial – e a adjudicação constitucional principalmente – só deixa de ser arbitrária quando se assume a natureza aberta do texto, sendo ingênuo acreditar que será possível extrair de sua literalidade um sentido específico¹⁹², como pretendeu o Supremo.

Independentemente do resultado alcançado pelo STF, a crítica que se faz é que a escolha por uma investigação histórica, por parte do Tribunal Constitucional, embora importante, tangencia a discussão incidente sobre o problema moral controverso que é, no caso, o de punir ou não agentes do regime deposto por crimes cometidos contra seus opositores, e de compreender a executoriedade da norma à luz de uma situação de aplicação atual.

Essa questão, portanto, que foi contornada pela argumentação do STF (como inclusive asseverou o ministro Carlos Ayres Brito em seu voto, embora sua crítica enfoque outros fundamentos¹⁹³), é a principal questão moral subjacente à ADPF 153 e que merecia ser enfrentada – ainda que fosse deixada sem resposta, como se verá em tópico futuro – pelo Supremo.

Com efeito, a extrema controvérsia a respeito da punição de antigos detentores do poder em razão da mudança de regimes não é questão tão recente. Jacques Derrida¹⁹⁴ investiga a questão do perdão na África do Sul pós-*apartheid* procurando entender os

¹⁹¹ WEHLING, Arno. Fundamentos e virtualidades da epistemologia da história: algumas questões. *Revista Estudos Históricas*. Rio de Janeiro: vol. 5, n. 10. 1992, p. 156. Importante anotar, como diz o autor, que “[m]uito pouco resta, portanto, da velha querela, que hoje soa como pré-científica e superficial, em tomo da subjetividade, objetividade, intersubjetividade ou neutralidade do conhecimento histórico, dado o grau de sofisticação teórica a que, nas últimas décadas, chegou-se neste campo.”

¹⁹² CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do direito administrativo focado na ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício da teoria da constituição. Op. cit., p. 83. Segundo o autor “(...) a questão [da interpretação] só pode ganhar um enfrentamento mais consistente, possibilitando a criação de um instrumental de outro tipo para o controle do risco da arbitrariedade inerente à atividade interpretativa, quando se passou a assumir a natureza incontornavelmente aberta, indeterminada, de qualquer texto. É a unicidade, a irrepetibilidade da situação de aplicação que pode assegurar a sua imparcialidade e nunca o texto em si, ainda que apoiado em outros textos supostamente neutros, como se esses últimos, por alguma mágica, pudessem escapar do turbilhão incessante da vida e das formas de vida que marcam a nossa leitura do mundo.”

¹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 153. Op. cit. Voto do Ministro Carlos Ayres Brito, p. 137.

¹⁹⁴ DERRIDA, Jacques. O perdão, a verdade, a reconciliação: qual gênero?. In: *Jacques Derrida: pensar a desconstrução*. São Paulo: Estação Liberdade, 2005, p. 45-92.

mecanismos que levam a retirar da vítima a possibilidade de perdoar o criminoso. No caso, a Comissão da Reconciliação e Verdade sul-africana (TRC) condicionava o perdão (por meio da concessão de anistia) à colaboração com o descobrimento da verdade. No seu processo de desconstrução, o autor questiona com habitual eloquência a própria fundamentação dos processos estatais de anistia e perdão, expondo a gravidade da questão:

Será que a França, por exemplo, não deverá confessar que o Terror, e primeiramente a Revolução, a decapitação de um rei, fora um crime político, até mesmo, pelo Terror, um crime contra a humanidade, e que todos esses horrores não eram indispensáveis para a Declaração dos Direitos Humanos, os quais todavia lhe são associados de maneira tão segura? Questão abissal. Não se ousaria nunca colocá-la num palco mundial do direito e da política. Todas as Declarações dos Direitos Humanos parecer ter sido pagas a preços muito altos, quero dizer, por crimes inconfessáveis. Indaga-se se hoje todos os revolucionários (franceses ou russos), de 1789 e de 1917, não seriam passíveis dos tribunais internacionais, sua imunidade sendo suspensa como a de um medíocre Pinochet, sua extradição sendo solicitada por emigrantes, descendentes de emigrantes, refugiados de países anfitriões.¹⁹⁵

Para ele, o perdão é impossível, pois “só é possível perdoar o imperdoável”. Derrida chama a atenção para o caso de uma mulher da África do Sul, esposa de uma vítima fatal do regime do *apartheid*, a qual afirma perante a Comissão da Verdade e Reconciliação sua posição em relação à anistia: “nenhum governo pode perdoar, somente eu posso perdoar e eu não estou disposta a perdoar”¹⁹⁶. Para o autor, essa situação alarma para o fato de que o Estado não pode verdadeiramente perdoar quem quer que seja. Não há relação direta entre anistia jurídica e perdão, nem tampouco entre persecução penal e punição. O perdão não tem relação com o julgamento, nem mesmo com o espaço público ou político¹⁹⁷. Assim, ainda que pretensamente “justo”, o perdão não teria nada a se relacionar com o Direito, pois para ser verdadeiro precisa estar destituído de qualquer finalidade (reconciliação nacional, por exemplo)¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 65.

¹⁹⁶ Ibidem, p. 75.

¹⁹⁷ “Mais pas plus que l’acquittement, le non-lieu, et même la “grâce” (exception juridicopolitique dont nous reparlerons), l’amnistie ne signifie le pardon”. Cf. DERRIDA, Jacques. Le siècle et le pardon. *Le Monde des débats*, v. 9, 1999, p. 9.

¹⁹⁸ “[L]e pardon pur et inconditionnel, pour avoir son sens propre, doit n’avoir aucun « sens », aucune finalité, aucune intelligibilité même. (...) Ce dont je rêve, ce que j’essaie de penser comme la « pureté » d’un pardon digne de ce nom, ce serait un pardon sans pouvoir : inconditionnel mais sans souveraineté. La tâche la plus difficile, à la fois nécessaire et apparemment impossible, ce serait donc de dissocier inconditionnalité et souveraineté. Le fera-t-on un jour ?” Cf. Ibidem, p. 10 e 19.

Interessante ver que, no Brasil, há registro de artigo publicado no *Jornal do Brasil* por Carlos Drummond de Andrade, dois meses antes da edição da Lei da Anistia, questionando o próprio conceito de perdão assimilado pelo ato de anistiar. O próprio ato de perdoar, na anistia, confundia-se com o de esquecer e, para ele, não fazia sentido perdoar as vítimas do regime, muito menos esquecê-las:

Anistia, teu nome é perdão. Mas como perdoar a quem não cometeu falta ou delito, e, não os cometendo, foi castigado? Se teu nome é perdão, deve este ser pedido às vítimas da injustiça e o arbítrio? Em vez de compaixão, neste caso, a anistia precisava ser um ato de arrependimento seguido de reconhecimento público e proclamação da injustiça. O perdão cabe ao ofendido. E há muitos ofendidos e humilhados que, sem culpa, tiveram de pagar pelo crime que não perpetraram.¹⁹⁹

Vê-se que claramente há grande controvérsia moral acerca do próprio ato de anistiar. Como defini-lo, portanto, por meio de uma decisão judicial que se perpetua no tempo? Pode-se argumentar que a decisão do Supremo no caso não cumpriu com o ônus deliberativo que dele se esperava em tema coletivo tão sensível, isto é, apesar de votos extensos de vários integrantes da Corte a respeito da possibilidade ou não de revisão da lei de anistia, não se investigou sequer o próprio sentido constitucional de anistia, se é que o há.

A discussão em torno do panorama histórico da Lei da Anistia, a fim de perquirir sobre o sentido da lei, é um recurso interpretativo que não enfrenta o caso à luz da Constituição. Em verdade, faz ele coro com as críticas já explicitadas sobre a postura do Supremo ao enfrentar questões moralmente controversas com pressuposto de possuir a “última palavra” sobre a questão: o gradual distanciamento do julgamento com base em razões públicas e voltado para garantir princípios constitucionais e a adoção de critério metajurídicos que pretendem imunizar o Tribunal de qualquer crítica externa e inviabilizar o diálogo institucional sobre o tema, em especial o amadurecimento constitucional da Justiça de Transição no Brasil.

3.3 Assimilação política da Justiça de Transição pelo Poder Judiciário

A judicialização da temática da Lei da Anistia, e a concepção acerca da atribuição da última palavra ao Supremo Tribunal Federal, acabou por ainda gerar, como consequência

¹⁹⁹ ANDRADE. Carlos Drummond. Anistia: como vens, como te imaginava. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 28 de junho de 1979.

para a justiça de transição brasileira, um inegável atraso na busca por “verdade e justiça”, indo na contramão dos que defendem uma mudança de interpretação do papel da Lei da Anistia no processo transicional. Para os que defendem a responsabilização criminal dos agentes do regime, a judicialização desse aspecto chave da justiça transicional trouxe, no momento, o maior obstáculo legal para o progresso desse aspecto da transição democrática no Brasil, com conseqüente retrocesso na busca da investigação dos fatos²⁰⁰.

Ocorre que, uma vez submetido o caso ao Supremo e obtendo-se um resultado desfavorável, a defesa da reinterpretação da Lei da Anistia entra em uma encruzilhada: ou questionar a posição do Supremo como provedor da palavra final sobre a interpretação da Lei da Anistia, ou tentar reverter sua posição. Como é natural, todas as armas foram utilizadas e ambas as táticas foram adotadas, o que, do ponto de vista da crítica da atribuição ao Supremo da “última palavra” sobre interpretação constitucional, funciona como um claro reforço da concepção “juriscêntrica” e “supremocrática” que o próprio Tribunal vem desenvolvendo, respaldado pela atuação dos demais Poderes.

De fato, em um primeiro momento, tenta-se proceder ao *overruling* da decisão da ADPF 153²⁰¹. Inegavelmente, é uma forma mais *tradicional* de se reverter uma decisão: não há dúvidas de que o Tribunal, embora se apegue a seus precedentes para construir uma narrativa jurisprudencial, não está vinculado a eles de forma a compreendê-los como eternos, isto é, a Corte pode rever suas próprias posições com o passar do tempo.

No Brasil, exemplo claro de mudança de entendimento do Tribunal foi a decisão a respeito da progressão de regime por crime considerado hediondo (HC 82.956). Da mesma forma, o STF já se manifestou a respeito da possibilidade de o Congresso editar lei idêntica à declarada inconstitucional pelo próprio Supremo, o que levaria, com altíssima probabilidade, a uma nova rodada de investigação acerca da inconstitucionalidade do conteúdo do diploma²⁰².

²⁰⁰ ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. Resistance to change. Op. cit. , p. 178.

²⁰¹ *Overruling*, termo extraído do direito norte-americano e que se aplica quando a Corte altera seu entendimento anterior já consolidado, é um meio usual de se tentar reformar a posição do Judiciário a respeito de determinado tema, na hipótese de sobre ele já ter se manifestado de forma final.

²⁰² Analisando precedentes do STF e o art. 28, parágrafo único, da Lei que regulamenta o processo de Ação Direta de Inconstitucionalidade, Lei n. 9.868/1999, segundo o qual os efeitos vinculantes das decisões do STF não se aplicam ao legislador, Rodrigo Brandão verifica que “[t]anto na hipótese de lei idêntica à declarada inconstitucional pelo STF quanto na de lei que veicule interpretação constitucional diversa da atribuída pelo STF, deveria o Tribunal reexaminar o conteúdo das novas leis, podendo manter o seu entendimento anterior

Contudo, o êxito dessa manobra envolve uma análise de risco: a chance de o Tribunal mudar de ideia deve compensar o desgaste político de se submeter uma lei idêntica à já declarada inconstitucional pelo Supremo. Às vezes é possível aos membros do legislativo notarem a possibilidade de mudança e submete-la à apreciação da Corte, seja confiando na mudança da composição do Tribunal, seja pela própria insatisfação ou desconforto da Corte com seu precedente, manifestado em entrelinhas de decisões ou em pronunciamentos públicos de seus integrantes²⁰³.

No caso da Lei de Anistia, há várias tentativas de se efetuar o *overruling* da decisão na ADPF 153: o recurso de embargos declaratórios opostos pelo CFOAB na própria ADPF 153²⁰⁴, a APDF 350 do PSOL, e as tentativas do MPF de se submeter à perseguição penal agentes da ditadura (em frontal contrariedade ao decidido na ADPF 153), fazendo com que tais casos sejam submetidos a controle difuso de constitucionalidade, são exemplos dessa prática.

Pode-se argumentar que este é um método *seguro* – do ponto de vista do respeito à tradição de *judicial review* brasileira – de se buscar a alteração de determinado entendimento sobre um desacordo a respeito da interpretação da Constituição, todavia, questiona-se, aqui, como essa visão “juriscêntrica” afeta a própria Justiça de Transição, que se entrega definitivamente à judicialização – no caso, ao STF – para apreciar aspectos que lhe são vitais.

Do ponto de vista da tentativa de *overruling* por técnicas processuais (ações idênticas, ações com novas razões ou discussões em controle difuso de constitucionalidade), tais expedientes não amenizam os desconfortos gerados pela ideia de se atribuir definitivamente ao STF a última palavra no caso da Anistia, em especial, o caráter político da decisão. Ademais, no caso do controle difuso, há também uma total falta de controle a

(declarando, portanto, a inconstitucionalidade das leis) ou aderir às novas razões trazidas pelo legislador (pronunciando, assim, a sua constitucionalidade). Contudo, tais leis nasceriam com presunção relativa de inconstitucionalidade, diante da sua incompatibilidade com a atual interpretação constitucional do STF. Cf. BRANDÃO, Rodrigo, op. cit., p. 301-302.

²⁰³ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University, 1999, p. 20.

²⁰⁴ E aqui, embora se trata de um recurso interposto no próprio processo em que prolatada a decisão da ADPF 153, como o pedido feito pelo CFOAB é praticamente de reversão do julgamento, com base, inclusive, na decisão da CIDH, e como já se passaram cinco anos sem que fosse apreciado, inclusive por pedido de retirada de pauta feito pelo próprio OABCF, pode-se sem maiores estranhamentos enquadrá-lo como exemplo de uma tentativa de *overruling*.

respeito de *se e quando* esses casos vão chegar ao STF, em primeiro lugar, porque o próprio Supremo pode barrar a reanálise desse tema com base no precedente da ADPF 153; em segundo lugar, porque tais vias processuais podem não levar à submissão do tema ao STF em pouco tempo, por vicissitudes que vão desde as peculiaridades dos processos (que podem demorar anos em cada instância para serem decididos) ou mesmo por uma simples perda de prazo recursal, que negue o acesso do caso ao Supremo.

Quanto à *insistência* legislativa em temas já julgados pelo STF, há de se convir que esse método, embora possa funcionar em certos casos (p. ex. com a mudança da composição do Tribunal), pode não ser o mais eficaz, dado o desgaste político de se submeter novamente uma questão já decidida à nova apreciação do Supremo²⁰⁵. Ademais, a forma como o STF costurou o seu entendimento no julgamento da ADPF 153 aparenta vedar a própria possibilidade de revisão legislativa ou mesmo judicial da questão, o que será visto em tópico próximo. Além disso, o Poder Legislativo não possui, diversamente do STF, o respaldo de técnicas elaboradas de interpretação constitucional, a ponto de soar estranho ou mesmo pretensioso uma proposta legislativa que pretenda dar uma exegese “autêntica”²⁰⁶ à Lei da Anistia, interpretando-a conforme a Constituição de 1988.

Outra saída seria a de negar a “última palavra” ao STF, atribuindo-a, de algum modo, à Corte Interamericana de Direitos Humanos, em experiência propícia de aplicação do *transconstitucionalismo*, isto é, a busca pela cooperação entre perspectivas jurídicas diversas manifestadas por tribunais internacionais e cortes locais. Para implementar essa noção, deve-se ter a compreensão da necessidade de abdicar da disputa de poder e de promover um diálogo jurídico entre as instâncias decisórias, a fim de enfrentar de forma conjunta casos que

²⁰⁵ Nesse ponto, exemplo interessante foi o da adoção do IPTU progressivo em São Paulo no governo de Luíza Erundina, em 1992. Após intenso debate na sociedade paulistana, chegou-se à declaração de inconstitucionalidade da progressividade desse imposto com base no valor do imóvel pelo STF, tendo a corte estruturado seu discurso voltado à afirmação do IPTU como imóvel real (impossibilitando a progressividade). Todavia, o Congresso Nacional editou, em 13 de setembro de 2000, a Emenda Constitucional nº 29, que modificou a redação do §1º do art. 156, da Lei Maior de 1988, passando a permitir a progressividade fiscal do IPTU, bem como alíquotas diferenciadas de acordo com a localização e o uso do imóvel, frontalmente dissonante dos precedentes do STF. Apesar de juristas alegarem a inconstitucionalidade da própria Emenda Constitucional, o STF modificou seu entendimento e passou a admitir a progressividade do IPTU.

²⁰⁶ Uso das aspas em razão da aplicação corrente do termo “autêntica”, como sendo aquela executada pelo órgão legislativo. Trata-se de termo empregado de forma pouco técnica, já que desde Kelsen se compreende a “interpretação autêntica” da lei como aquela emitida por um órgão competente para aplicá-la, seja o Legislativo, o Judiciário ou o Executivo. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

sejam de jurisdição comum, a exemplo dos direitos humanos, os quais já estariam alicerçados em uma ordem jurídica transnacional. Para Marcelo Neves,

o caminho mais adequado em matéria de direitos humanos parece ser o ‘modelo de articulação’, ou melhor, de entrelaçamento transversal entre ordens jurídicas, de tal maneira que todas se apresentem capazes de reconstruírem-se permanentemente mediante o aprendizado com as experiências de ordens jurídicas interessadas concomitantemente na solução dos mesmos problemas jurídicos constitucionais de direitos fundamentais ou direitos humanos.²⁰⁷

Essa tentativa de convivência entre instâncias se deu, no caso da Lei da Anistia, com o recurso a tribunal internacional, especificamente à Corte Interamericana de Direitos Humanos, culminando com a já comentada condenação do Brasil e a “determinação” para que o Estado “conduza a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja”²⁰⁸, o que, evidentemente, destoa do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Contudo, como afirma o próprio Neves, a prática do transconstitucionalismo depende de uma postura aberta da Corte Constitucional ao diálogo com Tribunais internacionais. Essa prática, portanto, não se coaduna com a postura adotada pelo Supremo na atualidade, na medida em que eventual adequação de seu julgado à determinação da Corte implicaria uma abdicação da sua capacidade – construído ano após ano – de decidir por último no que tange à interpretação constitucional, significando evidente perda de poder decisório e político. O próprio Tribunal não deu sinais de que pretende “acatar”²⁰⁹ a determinação da CIDH.

²⁰⁷ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 264.

²⁰⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs Brasil. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf> Acesso em: 30 ago. 2013, p. 111.

²⁰⁹ Nesse sentido, são eloquentes as falas públicas de alguns ministros logo após o julgamento da CIDH no caso Gomes Lund: “O presidente do STF, Cezar Peluso, afirmou que a decisão do tribunal não muda em nada, mesmo após a sentença da Corte Interamericana. ‘Ela não revoga, não anula, não caça a decisão do Supremo’, disse. A decisão, acrescentou, provoca efeitos no campo da Convenção Americana de Direitos Humanos. O ministro Marco Aurélio enfatizou que o governo brasileiro está submetido ao julgamento do Supremo **e não poderia, em qualquer hipótese, afrontar a decisão do STF** para cumprir a sentença da Corte Interamericana. **‘É uma decisão que pode surtir efeito ao leigo** no campo moral, mas não implica cassação da decisão do STF’, disse. ‘Evidentemente que o governo brasileiro está submetido às instituições pátrias e às decisões do Supremo. **E quando não prevalecer a decisão do Supremo, estaremos muito mal.**’ Cf. RECONDO, Felipe. STF defende Lei da Anistia após decisão sobre Araguaia. *O Estado de São Paulo*. 15 dez 2010. Disponível em

De qualquer modo, a concentração dos esforços dos atores interessados na mudança do discurso da reconciliação nacional para abranger uma forma punitiva de Justiça de Transição se concentra na tentativa de superação do julgamento da ADPF 153 ou, ainda, de permitir a convivência²¹⁰ desse julgamento com a decisão da CIDH no caso *Gomes Lund vs. Brasil*. Ambas os projetos se afastam de um diálogo entre instituições representativas e não-representativas, apostando apenas na reverberação dos seus esforços perante o Poder Judiciário e, mais, no convencimento do Supremo Tribunal Federal acerca da necessidade de admitir uma mudança no seu próprio entendimento.

Reforça-se, pelo exposto, o quadro de visível confusão entre o Judiciário, isto é, a palavra final acerca da interpretação constitucional, e a política de viés majoritário inerente à justiça de transição. Embora questões legais e judiciais sejam parte inerente ao processo de desenvolvimento da justiça transicional, a judicialização do tema central que toca à possibilidade de responsabilização criminal dos agentes do regime acabou por gerar uma equivalência destrutiva do próprio conceito de Justiça de Transição, que foi “apropriado” pelo Poder Judiciário, em razão da já comentada cultura “juriscêntrica”²¹¹ que se consolidou na política nacional.

3.4 Cristalização da posição do STF por meio de argumentos constitucionais: o fechamento para o diálogo sobre Anistia

Enquanto para o ministro Relator Eros Grau somente o Poder Legislativo pode alterar anistias concedidas anteriormente²¹², outros ministros buscaram *cristalizar* no tempo a posição da Corte em seus votos na ADPF 153²¹³, ao inserir o argumento de que a mudança

<<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,stf-defende-lei-da-anistia-apos-decisao-sobre-araguaia,654094>>. Acesso em 10.01.2015, sem destaques no original.

²¹⁰ Buscando uma adequação entre a decisão da Corte e do STF que permita se aproximar do modelo chileno, de anistia por crimes comuns e punição a graves violações de direitos humanos, ver ABRAO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. *Resistance to Change*. In: *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability: Comparative and International Perspectives*, Nova Iorque: Cambridge University Press, 2012, p. 180.

²¹¹ Em que se desconsideram interpretações constitucionais realizadas fora das Cortes e se reduz a Constituição ao entendimento do Supremo sobre ela. Cf. primeiro capítulo do presente trabalho.

²¹² “(...) é certo que ao Poder Judiciário não incumbe revê-lo [o acordo político que culminou com a Lei da Anistia]. Dado que esse acordo resultou em um texto de lei, quem poderia revê-lo seria exclusivamente o Poder Legislativo. Ao Supremo Tribunal Federal não incumbe alterar textos normativos concessivos de anistias.” Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. Op. cit. Voto do Ministro Eros Grau, parágrafo 45.

²¹³ Tratam-se dos votos do Ministro Celso de Mello e Carmen Lúcia, mencionados no capítulo 2.4.

interpretativa da Lei da Anistia equivaleria à edição de uma *norma penal mais gravosa* para os agentes do regime, pois passaria a prever a responsabilização pelo crime após o perdão ter sido concedido de forma irrestrita²¹⁴.

De acordo com esse argumento, a princípio nem a própria Corte poderia rever seu entendimento, nem tampouco o Poder Legislativo poderia editar uma norma que revogasse a Lei da Anistia, mesmo por emenda constitucional, pois haveria violação frontal a uma cláusula pétreia (art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal), encerrando a questão e simbolizando o que se viu anteriormente a respeito da “supremacia judicial material”.

Ainda que seja inegável que em questões relativas a direito penal – como a descriminalização de condutas por meio da concessão de anistia – requeira-se maior atenção à segurança jurídica²¹⁵, o que engessaria por si só processos dialéticos de formação de uma convicção a respeito de certo tema polêmico, igualmente é inexato afirmar que a necessidade de estabilização das relações jurídicas pode barrar totalmente um processo de amadurecimento constitucional, especialmente em situações em que é a Justiça de Transição que se encontra em jogo.

No ponto, é interessante observar que o pedido do autor da ADPF 153 não necessariamente se detinha na necessidade de o STF fazer às vezes do Poder Legislativo, ao contrário do que o argumento da irretroatividade da lei penal mais grave possa fazer parecer. No ponto, ainda que o STF já tenha atuado propriamente como legislador positivo²¹⁶, o pedido da CFOAB na ADPF 153 era vocacionado para constatar a significância da expressão “crimes conexos a crimes políticos”, constante na Lei da Anistia, à luz da Constituição de 1988, de forma a que não abrangesse os crimes comuns cometidos por agentes do regime militar, aí incluídos os cometidos com grave violação de direitos humanos, tais como tortura e desaparecimentos forçados²¹⁷.

²¹⁴ Tal postura inclusive é um exemplo claro da forma como os votos do STF são construídos com apego apenas às conclusões mas sem que se exija compatibilidade entre os votos dos demais ministros, o que dificulta a compreensão das “razões de decidir” e, portanto, da formação de uma razão jurisprudencial, como já criticado no primeiro capítulo.

²¹⁵ BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit., p. 281.

²¹⁶ A exemplo do julgamento que tratou da possibilidade de uniões homoafetivas (ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ, julgadas sem 05 de maio de 2011), no qual, em contrariedade à literalidade do texto constitucional, deu-se interpretação conforme à Constituição para excluir qualquer significado de dispositivo do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

²¹⁷ BARRIENTOS-PARRA, Jorge; MIALHE, Jorge Luís. Op. cit., p. 29.

Assim, pela conformação do raciocínio de que a interpretação da Lei da Anistia pretendida na ADPF 153 equivaleria à criação de uma nova lei que incriminasse fatos passados, o Supremo dá sinal claro da falta de interesse em que se abra um diálogo institucional voltado para a rediscussão da Justiça de Transição. Não que o Judiciário não “crie” novo direito a partir da interpretação judicial, haja vista a tênue diferença entre aplicação e interpretação do direito: tanto a criação formal de uma lei penal mais gravosa pelo Parlamento como uma interpretação judicial mais gravosa aos acusados não poderiam retroagir salvo para beneficiá-los. Todavia, como o Supremo jamais havia se pronunciado antes sobre a Lei da Anistia, e como nem todos os acusados foram investigados pelos supostos crimes cometidos, como assegurar que a Lei da Anistia os beneficiou? A questão, na verdade, reside na construção do raciocínio da Corte, formulada justamente para procurar evitar novas discussões a respeito do assunto, inclusive por ela própria²¹⁸.

O STF, portanto, buscou de todas as formas possíveis costurar seu processo decisório declinando o máximo possível de razões para sustentar sua posição. A propósito, Jeremy Waldron²¹⁹ cita *Roe vs. Wade* para exemplificar como a apresentação de razões convincentes é importante para o processo decisório. O caso em questão seria um exemplo de utilização ruim da argumentação judicial, no qual, embora se louve o resultado (liberalização do aborto), as razões suscitadas pela Corte foram mais vinculadas aos seus próprios precedentes e à leitura dogmática da Constituição do que propriamente com os argumentos morais pró-vida e pró-aborto que são suscitados pelos seus respectivos defensores até hoje. Para Waldron, portanto, a Corte falou *muito menos* do que deveria, deixando de lado o que realmente interessava na questão e acarretando, assim, a eterna insatisfação da opinião pública²²⁰. Por outro lado, Cass Sunstein cogita que a Suprema Corte, em *Roe*, falou *muito mais* do que deveria²²¹. De fato, observando-se o tema pelo ponto de vista do diálogo

²¹⁸ Eventualmente pode se discutir uma solução na qual os investigados que já foram beneficiados por uma interpretação judicial específica que lhes declarou aplicável a Lei da Anistia não possam ser novamente investigados por “mudança interpretativa” do Supremo, mas é difícil concordar que se possa antecipadamente afirmar que todos os investigados foram beneficiados pela Lei da Anistia, se havia, como há hoje, dúvida relevante sobre a aplicabilidade da Lei para os chamados “crimes comuns”, especialmente os cometidos com grave violação de direitos humanos (como a tortura).

²¹⁹ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. Op. cit., p. 1385-1386.

²²⁰ O autor louva, em contraposição à *Roe v. Wade*, a postura do parlamento britânico sobre o assunto, o qual, após debater pública, longa e amplamente as posições contrárias e favoráveis à interrupção voluntária da gravidez, editou uma lei fortemente respaldada pelas discussões públicas que a precederam. Cf. *idem*.

²²¹ SUNSTEIN, Cass. *One case at a time – judicial minimalism in the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 37.

institucional, a tentativa de se fechar uma questão moralmente controversa sobre todos os ângulos possíveis é mais passível de crítica do que aquela que decide apenas o caso concreto, sem buscar dirimir fatos futuros e hipotéticos, já que isso enclausura o debate tanto dentro como fora das Cortes.

É o que o mesmo Cass Sunstein chama de “invalidação maximalista”²²², que ocorre quando o Tribunal se utiliza do máximo possível de razões para sustentar seu entendimento acerca da Constituição. Para o autor, em certos casos, mormente quando se fala de questões centrais envolvendo direitos e garantias em que haja um desacordo moral razoável e circunstâncias mutáveis (fatores que aumentam os custos de decisão e de erro), é interessante que a Corte adote uma postura “minimalista”, defendendo a sua posição com o mínimo de argumentos de forma a “deixar questões não decididas”, como meio de favorecer o diálogo institucional²²³. É o que o autor denomina de “uso construtivo do silêncio”, o que pode ser feito de forma estratégica, pragmática ou mesmo democrática, sendo essa última o ponto focado em sua teoria²²⁴. Assim, o autor defende que “acordos não completamente fundamentados”, baseados em princípios de curto e médio alcance (concordância sobre aplicação no caso concreto, mas discordância sobre o princípio geral e vice-versa, discordância sobre a aplicação no caso concreto, mas concordância sobre o princípio geral), são vitais para a democracia e constituem uma forma adequada de se alcançar consensos sobre questões altamente controversas, diminuindo o risco de se adotar no futuro decisões incoerentes com princípios ou teses gerais até então defendidas²²⁵. Sunstein, assim, defende o incremento na utilização do minimalismo da Corte não como forma de restrição judicial ou mesmo deferência aos outros Poderes, mas como forma de promover a democracia²²⁶.

Em várias outras oportunidades o Supremo Tribunal Federal se apegou a posturas maximalistas, a exemplo do julgamento conhecido como “Raposa Serra do Sol”, no qual se manejou com extrema autoconfiança e naturalidade questões complexas e controvertidas,

²²² Ibidem, p. 28.

²²³ Não se confunda aqui, a abordagem “minimalista” proposta por Sunstein com a afirmação de que o STF não cumpriu com o ônus deliberativo que lhe era inerente ao julgar a APDF 153, conforme defendido no início deste capítulo. Uma coisa é abertura para o diálogo por não encerrar a questão com argumento de direito, como o caso da irretroatividade da lei penal mais grave; outra coisa é interpretar a constituição com foco na leitura da anistia do ponto de vista histórico como “reconciliação nacional”, sem se debruçar sobre o desafio moral inerente à questão da punição dos agentes do regime e a defesa de direitos e garantias proposta pela Constituição.

²²⁴ SUNSTEIN, Cass. Op. cit., p. 5 e 24

²²⁵ Ibidem, p. 11.

²²⁶ Ibidem, p. 28-29.

inclusive argumentos antropológicos, biológicos e econômicos, indo muito além do foco do processo com objetivo de “deixar tudo decidido sobre o ‘estatuto jurídico da causa indígena’”²²⁷. Do modo semelhante, os ministros do Supremo, ao tratarem da chamada Lei de Biossegurança, regulamentando a pesquisa com células tronco-embrionárias, “empenharam-se mais em disputar a qualidade dos argumentos científicos ‘e de seus cientistas’ do que propriamente esgrimir argumentos de natureza constitucional sobre a vida extra-uterina”²²⁸, o que denota uma postura evidentemente maximalista em situação que, para Sunstein, corresponde exatamente a uma hipótese em que o minimalismo deve ter a preferência da Corte (por tratar de questões altamente mutáveis, relativas ao avanço científico e tecnológico).

A postura do Supremo ao buscar razões para fechar as portas para o diálogo, enquanto ainda se mostra eletrizado o debate sobre a possibilidade de punição aos agentes do regime militar, abre brechas para que se lance a descrença sobre a capacidade decisória da Corte. Ao invés de se buscar novas razões para o amadurecimento do debate, os insatisfeitos com a decisão buscam novos atores para remover institucionalmente o empecilho encontrado pela decisão do Supremo: é o caso da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos. É o que Sunstein já alertava ao falar sobre “polarização” no debate político, quando os perdedores não se sentem reconhecidos no projeto constitucional e tendem a se isolar em grupos e radicalizar seus discursos, prejudicando uma deliberação orientada pelo convencimento advindo da força das melhores razões. Uma vez polarizados, os participantes dos grupos tendem a seguir tendências desse mesmo grupo antes mesmo da deliberação, sem alimentá-las com opiniões divergentes²²⁹.

Com efeito, não parece haver ganho democrático na mera afirmação da supremacia da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal, ainda que sob o argumento do controle de “convencionalidade”. Ainda que a inserção de novos atores no debate constitucional seja sempre bem-vinda, a argumentação em prol de uma *supremacia judicial da corte internacional* não resolve os

²²⁷ BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit., p. 165.

²²⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. Op. cit., p. 453.

²²⁹ SUNSTEIN, Cass. *A constitution of many minds – why the founding document doesn’t mean what it ment before*. New Jersey: Princeton University Press, 2009. A preocupação com a polarização nos debates é vista inclusive nos federalistas, que mostraram expressa preocupação com a necessidade de heterogeneidade de ideias nos grupos para obtenção de melhores resultados deliberativos e inclusive por isso sustentaram a ideia, por ex., do bicameralismo. Cf. também SUNSTEIN, Cass. *Deliberative trouble? Why groups go to extremes*. *Yale Law Journal*, p. 71-119, 2000.

problemas da própria supremacia judicial “à brasileira”, substituindo, ao invés disso, um problema por outro²³⁰.

Tais medidas fazem com que a legitimidade do Supremo seja questionada, descredenciando a visão que se tem do Tribunal dentro da tessitura constitucional. Em última instância, chama-se a atenção para um movimento de descrença generalizada nos poderes públicos e a possibilidade de captura dessa insatisfação por discursos conservadores, o que reforça a preocupação na desestabilização das instituições democráticas e o risco de se perder em razões discursivas, focando o debate apenas na capacidade institucional dos órgãos, como será abordado no próximo tópico.

3.5 A inviabilização do amadurecimento constitucional relacionado a aplicação da Lei da Anistia

A conformação estrutural que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal o papel de interpretar “em definitivo” a possibilidade de aplicação bilateral da Lei da Anistia, fez com que ele procurasse vencer o seu déficit representativo com base em uma interpretação histórica que não se relaciona propriamente com ideais de soberania popular.

Nesse ponto, defende-se que o Tribunal, ao não poder se esquivar da função de decidir, perdeu a oportunidade de vincular sua decisão com um amadurecimento constitucional a respeito dos temas da Justiça de Transição. O Tribunal não observou que estes temas penetram na opinião pública de forma paulatina, contabilizados já mais de 25 anos de derrocada do regime militar, em razão da forma como ocorreu a transição democrática, regida que foi pelas forças do próprio governo²³¹, que atribuíram, no tocante à

²³⁰ Não se menospreza de forma alguma, aqui, o decisivo papel da CIDH na afirmação de direitos humanos, especialmente nos países da América Latina. Ocorre que é pouco provável, pelo que até agora foi exposto, que o Supremo Tribunal Federal abra mão da competência e poder político que adquiriu com a assunção da posição de detentor da “última palavra” constitucional e passe a admitir que a CIDH é que possui supremacia no ponto. Como as decisões da Corte não possuem meios institucionalizados pelo direito interno que garantam seu cumprimento efetivo, é de se perguntar o que acontecerá de fato (além de sanções esparsas e difusas no campo internacional) se o Estado permanecer sem cumprir integralmente o quanto determinado no caso *Gomes Lund vs. Brasil*.

²³¹ Paulo Abrão e Marcelo Torelly apontam como a “ditadura brasileira executou de forma meticulosa seu plano de saída: (a) uma lei de autoanistia restrita para afastar posições políticas radicalizadas; (b) eleições indiretas para assegurar uma lógica de continuidade, e; (c) ampla destruição de arquivos públicos dos centros e órgãos de repressão para tentar apagar vestígios e responsabilidades individuais pelas graves violações aos direitos humanos”. Cf. ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo. *Mutações do Conceito de Anistia na Justiça de Transição Brasileira*. In: *Revista de Direito Brasileira*, 2012, p. 365.

anistia, uma significação própria. Com o novo regime, é necessário realizar esse “acerto de contas” semântico. Já alertava Rosenfeld quanto à necessidade de ressignificação do passado enquanto entidade política pré-constitucional. Para ele,

[o] problema em relação às transições negociadas é que o sucesso do processo de feitura de uma Constituição depende de uma **ruptura não total com o passado** e da **habilidade de reconstruir as relações entre a nova ordem e o passado**, não necessariamente a ordem passada, mas em termos do passado, **o passado coletivo de uma entidade política que saiu de um status pré-constitucional para um status constitucional.**²³²

Embora a discussão pública dos temas voltados para a justiça de transição cresçam de forma exponencial, especialmente com o aniversário de cinquenta anos do golpe de 1964 e a publicação do relatório final da CNV em 2014, passando de uma fase centrada nas reparações políticas e pecuniárias para uma fase mais focada na busca por “justiça e verdade”, a judicialização do tema, como forma de viabilizar a solução do conflito interpretativo respeito da Lei da Anistia, acarretou antes um recuo²³³ do que um avanço no tratamento da questão constitucional da justiça de transição.

Apesar de ser necessário um estudo empírico que iria transbordar da proposta desta pesquisa, podem-se ser apontados alguns dados que refletem como essa modelagem “juriscêntrica” já mencionada acaba por inviabilizar discussões produtivas a respeito da constitucionalidade de questões centrais da política democrática. Em 29 de fevereiro de 2012, pesquisa publicada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) apontou que 74% dos brasileiros *desconhecem* a Lei da Anistia. Dos 24,4% que declararam saber do que se trata a Lei, 67% manifestaram-se a favor da investigação e de algum tipo de punição para os responsáveis por crimes ocorridos durante o regime²³⁴. Em 07 de junho de 2010, a Datafolha divulgou pesquisa (com metodologia de resposta estimulada) indicando que 45% da população eram contra a anulação da Lei da Anistia tal qual é aplicada atualmente, de modo a possibilitar a investigação e punição de torturadores. Em 31 de março de 2014, nova pesquisa

²³² ROSENFELD, Michel. A Identidade do Sujeito Constitucional e o Estado Democrático de Direito. In: *Cad. Esc. Legisl.*, Belo Horizonte, v.7, n. 12, jan./jun.2004, p. 27, sem grifos no original.

²³³ ABRAO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. Resistance to change. Op. cit., p. 169.

²³⁴ BRASIL. IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Sistema de indicadores de percepção social: Defesa Nacional (Parte III), 29 fev 2012. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/SIPS/120229_sips_defesanacional_3.pdf.

da Datafolha divulgou resultado inverso, com 46% da população favorável à modificação proposta da legislação²³⁵.

Embora utilizando diferentes metodologias, as pesquisas apontam um quadro, no começo da década de 10, em que a justiça de transição constituía uma temática desconhecida para grande parte da população e uma pauta distante dos noticiários nacionais. Inevitável, portanto, avaliar que a pressão social, imprescindível para fundamentar e implementar medidas transicionais²³⁶ e mesmo para balizar e legitimar de certa forma a condução de casos pela Corte Constitucional²³⁷, não se fez presente quando da submissão do caso ao STF no julgamento da ADPF 153.

É importante ter em mente ainda alguns outros detalhes.

Durante o regime militar, é fato que a vedação da liberdade de expressão, a dificuldade de engajamento político, a censura, as torturas, desaparecimentos forçados, e demais violações de direitos humanos não atingiram diretamente nem causaram revolta ou repulsa à totalidade da população, mas à reduzida parcela dela²³⁸.

Tem-se ainda o fator tempo: passados mais de vinte e cinco anos da Constituição de 1988, os que viveram no período não participam mais tão ativamente do cenário político, e os mais jovens sequer nasceram ou tem lembranças sérias dos períodos de maior repressão²³⁹.

Soma-se a isso a própria desconfiança no sistema eleitoral vigente e o descrédito na representatividade política, que obnubilam uma tentativa séria de se discutir, a partir do cenário político atual, mudanças conceituais e de aplicação da legislação de anistia. As manifestações de rua ocorridas no Brasil em 2013, apesar de recentes, apontam para a corroboração desse entendimento, segundo o qual o mecanismo tradicional de representação, o voto, é insuficiente para diminuir as fronteiras entre a sociedade e as instituições

²³⁵ MENDONÇA, Ricardo. Maior parte da população quer anular Lei da Anistia, aponta Datafolha. *Folha De São Paulo*. São Paulo, 31 mar 2014. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/03/1433374-maior-parte-da-populacao-quer-anular-lei-da-anistia-aponta-datafolha.shtml>, acesso em 05.01.2015.

²³⁶ ABRAO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. Op. cit., p. 175.

²³⁷ MENDES, Conrado Hübner. Op. cit., p. 186.

²³⁸ O relatório final da Comissão Nacional da Verdade, op. cit, aponta a cifra de 434 mortes e desaparecimentos de vítimas da ditadura militar no país, embora com mais de 32 mil casos de violações de direitos humanos em maior ou menor grau.

²³⁹ ABRAO, Paulo; TORELLY, Marcelo d. Resistance to change. Op. cit., p. 175.

políticas²⁴⁰, e os outros engenhos de participação política direta postos à disposição seriam ineficientes²⁴¹.

Todavia, no que parece ser uma contradição com o próprio teor manifestações de junho de 2013, as eleições majoritárias de 2014 trouxeram um panorama de aumento da representatividade política de candidatos de direita e extrema-direita, essencialmente alinhados com o conservadorismo²⁴². Uma possibilidade de explicação para esse caráter paradoxal do resultado das eleições é o de entendê-lo como fruto da apropriação, por elites conservadoras, do movimento difuso das manifestações de junho, contrapondo e atacando a política e as instituições políticas de forma a abrir espaço para a reativação de suas pautas²⁴³.

Chama a atenção, aí, o recente clamor por uma intervenção militar no Brasil após as citadas eleições presidenciais de 2014²⁴⁴. Mais do que mera reação ao fim de um processo eleitoral conturbado²⁴⁵, no caso, a vindicação pública pelo retorno das Forças Armadas traz à tona uma memória romântica do regime anterior que encontra guarida ou na parcela da população que não sofreu as violações de direitos humanos que hoje ainda buscam reparação; que delas não tem conhecimento, ou, ainda – e aí o retrato adquire cores são mais fortes – tratam-se dos que concordam com os procedimentos adotados pelo regime em face de seus opositores, em prol da manutenção de uma falaciosa paz social. Tais constatações, em contraste com os dados das pesquisas de opinião que abriram o presente tópico, mostram

²⁴⁰ NOBRE, Marcos. *Imobilismo em movimento: da abertura democrática ao governo Dilma*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 143.

²⁴¹ Embora não se saiba ao certo quais métodos seriam eficientes e se sequer foram postos na difusa pauta das ruas de junho de 2013, segundo Marcos Nobre, Op. cit., o fato é que ao menos as “Revoltas de Junho” acenavam com a semente da busca por uma cultura política participativa diferente ou desviante da tradicional, busca que, todavia, parece não ter ido além das manifestações pontuais de 2013.

²⁴² A exemplo do segundo candidato a Deputado Federal mais votado do país em 2014, publicamente apologista do regime militar. Cf. ÉBOLI, EVANDRO; LUIZ, Washington. Tumulto na Câmara impede discurso de Bolsonaro em defesa do golpe militar. *O Globo*. Rio de Janeiro, 01 abr 2014. Disponível em <http://oglobo.globo.com/brasil/tumulto-na-camara-impede-discurso-de-bolsonaro-em-defesa-do-golpe-militar-12052632>. Acesso em 05 jan 2015.

²⁴³ BENVINDO, "Juliano Zaiden. *Brazilian Elections and Demonstrations of June 2013: The Rise of Conservatism?* disponível em “<http://www.iconnectblog.com/2014/11/brazilian-elections-and-demonstrations-of-june-2013-the-rise-of-conservatism>”. Acesso em 07/01/2015.

²⁴⁴ Ver, v.g., “Manifestação pede impeachment de Dilma e intervenção militar”, in O TEMPO Online, 01.11.2014, disponível em <http://www.otempo.com.br/cidades/manifesta%C3%A7%C3%A3o-pede-impeachment-de-dilma-e-interven%C3%A7%C3%A3o-militar-1.941028>, acesso em 07/01/2015.

²⁴⁵No caso, as eleições presidenciais de 2014, nas quais a candidata eleita pelo Partidos dos Trabalhadores obteve mínima margem de votos para vitória após intensa troca de acusações entre os candidatos e opositores durante a campanha.

como é paradoxal o entendimento popular sobre a justiça de transição no Brasil, fruto, muito provavelmente, da ambiguidade²⁴⁶ do processo de anistia nacional.

De fato, o apoio da sociedade a regimes autoritários passados deve ser uma preocupação constante no estudo do processo transicional²⁴⁷. Especialmente no que diz respeito ao último período ditatorial brasileiro, é crucial para a Justiça de Transição – e para o direito constitucional – entender melhor “uma ditadura que se instaurou sem dar praticamente um tiro e se retirou sem levar praticamente uma pedrada”²⁴⁸. A participação e o engajamento popular desempenham um papel singular na manutenção de qualquer sistema político, e não seria diferente nos regimes ditatoriais e, especialmente, no regime instaurado em 1964. Como registrou a Comissão Nacional da Verdade, “a participação de setores civis no golpe de Estado de 1964, na efetivação do regime autoritário e posteriormente na montagem da própria estrutura da repressão é uma dimensão crucial daquele processo histórico”²⁴⁹, destacando-se a participação logística e financeira de setores do empresariado nacional no aparelhamento da repressão²⁵⁰. Com efeito,

nenhuma ditadura pode manter-se por um longo período de tempo sem institucionalização e sem ganhar alguma forma de apoio popular e legitimidade pública e internacional. Quanto mais duradoura e bem-sucedida a ordem autoritária, mais permeará o Estado e outros grupos sociais de instituições segundo os valores da ditadura, e mais enformará os interesses econômicos. Quanto mais prolongada e institucionalizada uma ditadura, mais difícil se tornará estigmatizar os grupos sociais e instituições que participaram na velha ordem. Uma ditadura longa e bem

²⁴⁶ ABRAO, Paulo; TORELLY, Marcelo d. Op. cit., p. 166.

²⁴⁷ E nesse sentido, tanto o apoio popular tanto ao golpe militar de 64 como à manutenção do regime por longos vinte anos é fenômeno que, apesar de relativamente pouco estudado (o foco sempre foi a resistência ao regime), ganha cada vez mais atenção dos historiadores. Para Denise Rollemberg e Samantha Quadrat, “interessa verificar concretamente como os consensos foram criados; como as acomodações de interesses fizeram-se em regime autoritários através de mecanismos traduzidos em ganhos materiais e/ou simbólicos para as sociedades. Se a resistência e a memória da resistência sempre identificaram as ditaduras à tirania, veremos como, não raramente, estas foram reivindicadas até mesmo como salvadoras da própria democracia, dos valores nacionais e sociais, como o único caminho, o fio condutor da transformação radical da sociedade. Em diferentes circunstâncias, a democracia é que foi rejeitada.” Cf. ROLLEMBERG, Denise; QUADRAT, Samantha (org.). *A construção social dos regimes autoritários: Brasil e América Latina*. Vol. II, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 17.

²⁴⁸ REIS FILHO, Daniel. O governo Lula e a construção da memória do regime militar. In: PINTO, Antônio; MARTINHO, Francisco (org.). *O passado que não passa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 225.

²⁴⁹ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório: textos temáticos*, v.2. Brasília: CNV, 2014, p. 304.

²⁵⁰ Trata-se do apoio à Oban por parte do setor privado nacional e estrangeiro em São Paulo, fornecendo recursos para a montagem daquele aparelho de repressão, o qual, posteriormente, resultou na criação dos Destacamentos de Operações de Informações – Centros de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI). *Ibidem*, p. 321.

institucionalizada tem geralmente um maior grau de legitimidade residual, com mais gente a identificar-se com a ideologia do regime e a justificativa da repressão.²⁵¹

Assim, apoiadores e simpatizantes do regime houve no passado, como sugerem os autores citados acima, e também há hoje, e, a despeito das razões que levam ao recrudescimento do pleito de retorno das Forças Armadas, há de se convir que tal atitude distancia-se bastante de um engajamento da população no que diz respeito ao processo transicional. Esse saudosismo militarista põe em xeque a existência de uma memória coletiva negativa em relação ao esse período político recente e, no que toca ao presente trabalho, estimula a formulação da seguinte questão: como buscar a modificação de interpretação da legislação para punir agentes de um regime que eventualmente conseguiu manter uma avaliação positiva pela população?

O papel da Justiça de Transição enquanto mecanismo de contraponto ao discurso do “esquecimento” da reconciliação nacional, perde assim em potencial discursivo. Vê-se, portanto, que a busca por mudanças radicais no regime da justiça transicional brasileira encontra uma resistência ou, se muito, uma apatia frente à sociedade, e isso reflete a falta de engajamento político para que essas alterações ocorram por força de mobilização popular, na ausência de uma esfera pública voltada para o resgate da memória do regime e para a punição aos crimes então cometidos a mando do Estado.

Os discursos discordantes, assim, parecem ficar à margem de grande parte da população, de modo que o pleito de revisão da Lei de Anistia, descolado dos grandes temas da justiça de transição (de caráter coletivo e transindividual, como o seu papel pedagógico²⁵²), retratam uma situação típica da defesa de direitos de minorias (os proporcionalmente poucos que foram diretamente prejudicados), dizendo respeito aos familiares dos desaparecidos (v. caso Gomes Lund, já abordado) e à fragmentada²⁵³ participação de sindicatos e associações civis – cada um com pautas ligeiramente diferentes – engajados nessa discussão. Esse caráter fragmentário acaba reforçando a ideia de que a mudança conceitual da anistia se trata, em

²⁵¹ BARAHONA, Alexandra; SZNAJDER, Mario. A política do passado: américa latina e europa do sul em perspectiva comparada. In: PINTO, Antônio; MARTINHO, Francisco (org.). *O passado que não passa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 310.

²⁵² Bem destacado por Eneá de Almeida e citado no tópico 2.3 deste trabalho.

²⁵³ Paulo Abrão e Marcelo Torelly apontam como a luta por justiça de transição não foi prioridade para os movimentos sociais especializados, luta esta que ficou relegada por anos às vítimas e seus familiares, só ganhando atenção da sociedade civil mais recentemente, enfraquecendo mudanças institucionais. Cf. ABRAO, Paulo; TORELLY, Op. cit., p. 174.

verdade, de “revanchismo” casuístico, como, inclusive, é sugestivamente tachada a ação dos que militam na justiça de transição por seus opositores²⁵⁴, e não propriamente de um mecanismo internacionalmente aceito de Justiça de Transição, mediador de amplas repercussões no progresso democrático segundo os que advogam em sua defesa.

Todavia, o suposto paradoxo quanto à revisão do projeto transicional deve ser visto como uma tentativa de amadurecimento da interpretação constitucional, inerente ao desenvolvimento democrático. Ocorre que, nesse papel, não colabora o STF ao tentar encerrar a discussão com a decisão na ADPF 153, pois seu olhar político, voltado para uma interpretação da Constituição que busque saber o que o “Povo”²⁵⁵ quis com a anistia (se geral e bilateral ou não), acaba por confundir os papéis da Corte Constitucional e das instituições representativas²⁵⁶, ao passo em que, diferentemente dessas últimas, tenta encerrar o debate na sociedade com um argumento de autoridade: “o Supremo já decidiu”.

Assim, a crença mística no controle de constitucionalidade judicial como fornecedor de respostas contramajoritária mágicas, atuando como um atalho para uma discussão que deveria ocorrer no seio da sociedade, além de despolitizar o debate, pode ter, por isso mesmo, levado a um revés tanto no front de batalha judicial como no legislativo. Na ausência de um real engajamento social na discussão a respeito da significância do resgate à memória do regime ditatorial e da punição pelos seus desvios, a judicialização do tema nem levou em consideração eventual pressão social – que era praticamente nula como visto –, nem permitiu o amadurecimento do assunto na sociedade, o que se observa pela reverberação do argumento fácil de que qualquer tentativa de se rediscutir a Lei da Anistia equivale a uma espécie de revanchismo.

²⁵⁴ O Projeto de Lei 8246/2014 foi apresentado pelo deputado federal Jair Bolsonaro no dia seguinte à apresentação do relatório final da Comissão Nacional da Verdade tendo por objetivo fazer um contraponto ao trabalho do atual colegiado, que ele considera “revanchista e calunioso”. Cf. GÓIS, Fábio. Projeto de Bolsonaro quer nova comissão da verdade. *Congresso em Foco*. 12 dez 2014. Disponível em <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/projeto-de-bolsonaro-quer-nova-comissao-da-verdade/>, acesso em 10 jan 2015.

²⁵⁵ “Povo” é um conceito politicamente complexo e ambíguo. De certo, tem-se que é um resultado de uma institucionalização e, por isso mesmo, é possível enxergar “toda a imensa dimensão dos perigos, dos riscos presentes nesse processo através de virtuais usos retóricos que retornem à totalidade da ideia de povo, a firmar o povo como uma unidade dada, embora sabendo-se que essa unidade é construída”. Cf. CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do direito administrativo focado na ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício da teoria da constituição. Op. cit., p.72.

²⁵⁶ Na busca por um momento de “*política constitucional*”, como em Ackerman. Cf. Capítulo 1.4.

3.6 Perda de credibilidade do parlamento como *locus* da democracia e surgimento de novos atores institucionais

O exemplo do julgamento da APDF 153 mostra como o Parlamento se encontra fragilizado no Brasil: a interpretação constitucional de viés monopolista do Supremo tende a vedar a atuação do Parlamento em certos temas mesmo antes de se iniciar realmente uma ampla deliberação legislativa a respeito.

Não se trata, portanto, de decidir na omissão do parlamento, no aguardo de uma posição definitiva, postura que prestigiaria uma tentativa de diálogo institucional. Em matéria de interpretação constitucional de direitos fundamentais, o Supremo tem se mostra fechado ao diálogo constitucional²⁵⁷ e, no caso da ADPF 153 e da Lei de Anistia, manifestou-se previamente contrário à atuação parlamentar (ressalvado o posicionamento do Relator, Eros Grau).

Como já visto, a percepção crítica que se tem, aqui, não é a da luta por poder político entre os braços do Estado (que faz parte da própria teoria da teoria dos freios e contrapesos, como visto), mas, sim, da aparente falta de forças dos demais Poderes para lidar com o empoderamento, pela via da constitucionalização de direitos, do Poder Judiciário.

Discutindo a respeito dos embates entre Judiciário e Legislativo, há quem defenda medidas drásticas contra a Corte, como o aumento do número de vagas de ministros, o corte orçamentário ou salarial do Judiciário e o descumprimento explícito de decisões judiciais, como proposições para mostrar o descontentamento com decisões judiciais gravosas. Tais medidas, todavia, não soam republicanas nem atenderiam a uma teoria normativa que propusesse o diálogo institucional – onde fica a disputa por “boas razões”? – não parecendo ser uma resposta adequada ao empoderamento ativista do Judiciário. Há, inclusive, memória desse tipo de ação no Brasil²⁵⁸, com notório desprestígio do Poder Judiciário e das garantias

²⁵⁷ Diferentemente, como visto, das situações de diálogo vislumbradas por Rodrigo Brandão no Capítulo 1.10.

²⁵⁸ Rodrigo Brandão lista uma série histórica de ataques institucionais ao Judiciário no Brasil, desde descumprimentos deliberados de decisões judiciais, extinção das garantias dos juízes, aumento do número de ministros do Supremo, cassação de investidas, à ameaça de prisão de seus membros por parte do Presidente da República. Cf. BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit., p. 260-261.

de direitos individuais, abrindo inclusive espaço para o monopólio político do Poder Executivo durante o regime militar²⁵⁹.

A justiça de transição atinge, portanto, uma situação paradoxal, na qual depende de um único órgão para dar prosseguimento à pretendida virada hermenêutica em relação à anistia, pois as medidas jurídicas disponíveis para sua promoção encontram-se atadas pela postura do Supremo Tribunal Federal.

Assim, se nem mesmo a atuação legislativa é viável, resta o socorro ao transconstitucionalismo, buscando legitimação para atuação na persecução dos agentes do regime acusados de crimes comuns na repressão política na decisão da CIDH, frontalmente contrária à decisão do STF.

Dessa forma, o Parlamento, antigo *locus* ínsito à democracia, tido como fórum próprio para discussão, por meio de representantes eleitos, dos rumos da nação, é secundada pela atuação judicial, que, a partir de meios próprios de interpretação jurídica, consegue extrair (ou “revelar”) da Constituição respostas para todas as questões de grande controvérsia moral.

A consequência vislumbrada na análise do julgamento da ADPF 153, aqui, vai além do mero embate entre *judicial review* e supremacia parlamentar como visto no início do trabalho. No caso, o legislativo é desacreditado enquanto força política apta para deliberar a respeito de temas de grande repercussão como esse, tendo inclusive sua atuação previamente desencorajada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, detentor da palavra final a respeito do caso.

²⁵⁹ Com o AI-2, foram suprimidas garantias dos juízes e aumentado o número de ministros do Supremo para inserir o Tribunal no “espírito da Revolução”. Promoveu-se uma intervenção direta na estrutura do Judiciário: suspenderam-se as garantias dos juízes de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, e aumentou-se o número de ministros do STF de 11 (número fixado pelo Decreto no 19.656/1931) para 16, dividindo-se a corte em plenário e três turmas de cinco ministros cada uma. [...]Tais alterações, somadas às empreendidas pelo artigo 60 do AI-2 ao parágrafo 3o do artigo 105 da Constituição de 1946, demonstram o intento deliberado do regime ditatorial de alinhar a magistratura federal de primeira instância com a ideologia e a burocracia do regime.” Cf. BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Op. cit, p. 936.

4. A Justiça de Transição na ausência de mecanismos de diálogo constitucional

4.1 Considerações iniciais

É difícil imaginar um retorno aos tempos em que o Supremo Tribunal Federal não atuava de forma tão contundentemente política. Como visto no decorrer dos capítulos deste trabalho, a criação de formas de interpretação constitucional e mecanismos jurídicos próprios daquela Corte, aliada à construção política e social de que o Supremo tem e deve sim ter uma atuação política forte, ambos descredenciariam uma proposição para que simplesmente se volte ao momento em que o STF possuía certa *deferência* a políticas majoritárias quando se está em jogo temas constitucionais sensíveis, como o caso da Lei da Anistia. Muito menos se vislumbra uma proposta que retire completamente o controle de constitucionalidade do Judiciário²⁶⁰. A crítica que se fez é que atribuir ao Judiciário todo o peso para decidir sobre questões como a da aplicabilidade bilateral da Lei da Anistia é ir na contramão de mudanças institucionais profundas por vedar qualquer chance de diálogo entre os Poderes e entre estes e a sociedade civil.

Vistas, no capítulo passado, as consequências da inter-relação entre Justiça de Transição e supremacia judicial, no Brasil, passa-se a buscar uma gênese produtiva desse encontro. O surgimento de novos atores institucionais impulsionando as mudanças na justiça de transição no Brasil podem permitir que tais demandas se acendam na opinião pública, em constante tentativa de sobrepujar a decisão do STF na ADPF 153. Importante assim ter em mente a inviabilidade do conceito de “última palavra”, afastando o debate sobre *legitimidade* – a quem cabe decidir por último – para centrá-lo nas *razões* para mudança institucional – por que decidir da forma como se decidiu.

²⁶⁰ O próprio Jeremy Waldron, crítico da supremacia judicial, afirma que o *judicial review* não é inapropriado em todos os casos, mas essencialmente nas democracias em que as instituições legislativas são funcionais, apesar de divergir, como ocorre naturalmente, sobre direitos. Todavia, defende o autor que mesmo nos casos em que é uma experiência consolidada – exemplo dos Estados Unidos – seu exercício não ajuda na correção das disfunções do sistema legislativo, antes as tornam piores. Cf. WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, p. 1347-1406, 2006, p. 1405-1406.

4.2 Justiça de transição, manutenção de *status quo* e a tensão entre democracia e constitucionalismo

Como visto, a ambição da Corte por ter a última palavra é alimentada pelos demais Poderes – e tudo leva a crer que os Federalistas não imaginariam que sua fórmula de *checks and balances* esbarraria nisso –, os quais por um lado incentivam a judicialização para fugir do debate e responsabilização públicos, e por outro criticam os próprios pressupostos de legitimidade decisória da Corte quando as condições se mostram oportunas para mudar a interpretação de acordo com suas agendas específicas. As reações ao julgamento da ADPF 153 em muito se adequam a essa hipótese: tratar a resignificação do conceito de anistia como um “problema da Justiça” é, de certa forma, fugir da responsabilidade pública de discutir abertamente o tema; ao mesmo tempo, reclamar a atribuição de força vinculante à decisão da CIDH no caso Gomes Lund vs. Brasil é, sem dúvida, deslegitimar a posição adotada pelo STF sobre o assunto.

Essa crítica ganha força ao se observar, como sinaliza Ran Hirschl, já comentado no primeiro capítulo, que a constitucionalização e a judicialização marcada pelo *judicial review* configuram uma estratégia interessante para manutenção de privilégios de elites que temem perder posições majoritárias²⁶¹, o que, em processos de transição para regimes democráticos, chama ainda mais atenção, pois acaba por ter a função de conservar prerrogativas e hegemonias do regime deposto, a exemplo da narrativa da abertura lenta e gradual para a democracia, marcada pelo esquecimento dos fatos do passado autoritário. Em um segundo momento, a tese da defesa da hegemonia política aponta também para a transferência e a assimilação da justiça de transição pelo Poder Judiciário como forma de os poderes políticos majoritários fugirem de responsabilização políticas mais sérias em temas controversos, como a punição de agentes do regime militar por crimes cometidos durante a ditadura.

Quanto à primeira assertiva, convém lembrar o caso da África do Sul: após a mudança constitucional que adveio do fim do *apartheid* houve a transferência na condução das questões complexas da justiça de transição para o Judiciário, a exemplo do que vem se delineando no Brasil da última década. Lá, assim como aqui, o fortalecimento do Judiciário

²⁶¹ HIRSCHL, Ran. The political origins of judicial empowerment through constitutionalization: Lessons from four constitutional revolutions. Op. cit., p. 95.

trouxe consigo um distanciamento entre a interpretação constitucional e os jogos da política majoritária tradicional²⁶². A Corte Constitucional da África do Sul, julgando o caso AZAPO²⁶³, manteve íntegra a possibilidade de “anistia condicional” conferida à Comissão da Verdade e Reconciliação Sul-Africana, perdoadando os crimes daqueles que colaborassem com a prestação de informações sobre violações de direitos humanos. Entendeu a Corte que a nação não teria conseguido forjar a nova Constituição sul-africana sem a conceituação de anistia como perdão, no âmbito de um discurso de “unidade e reconciliação nacional” previsto no epílogo da mesma carta constitucional. Trata-se da compreensão do problema de forma bastante similar ao argumento central do julgamento da ADPF 153 pelo STF: a anistia como mote do discurso da reconciliação nacional.

No tocante a isso, reforça-se o argumento de que a atribuição de “última palavra” ao Judiciário, salvo na existência de uma forte pressão popular, tende a manter certos privilégios a um lugar seguro de políticas majoritárias, pois faz com que a deliberação nunca seja guiada por uma discussão havida no seio da própria sociedade²⁶⁴. Aí o paradoxo: a judicialização, em mais alto grau, da Justiça de Transição, além de atender interesses da manutenção do *status quo*, impede um maior amadurecimento constitucional do tema. Eis que, se a guinada conceitual proposta para a Justiça de Transição no Brasil, de “esquecimento e perdão” para “verdade e justiça”, pareceu tardia no caso brasileiro (após vinte e cinco anos de fim do regime), acabou mostrando-se sobremaneira precipitada.

Esse ponto de vista do fenômeno é relevante sobretudo quando se considera que a decisão objeto de análise nesse trabalho – ADPF 153 – encontra-se inserida num contexto nas quais as elites políticas do regime deposto não foram defenestradas do poder, pois o processo de transição para a democracia alinhou-se com a manutenção do poder políticos de várias delas²⁶⁵.

²⁶² “The question of restorative justice in the post-apartheid South Africa, for example, presents a set of moral and practical dilemmas that on the face of it ought to be resolved in the political rather than in the judicial sphere. The constitutional revolution of the mid-1990s, combined with a political environment conducive to judicial activism, facilitated the transfer of the difficult questions of restorative justice and reconciliation from majoritarian decision-making bodies to the courts”. Cf. *Ibidem*, p. 191.

²⁶³ ÁFRICA DO SUL. Julgamento do Caso CCT 17/96. Azanian Peoples Organization (AZAPO) and Others v President of the Republic of South Africa and Others, Constitutional Court of South Africa, 25 Jul 1996.

²⁶⁴ “The judicialization of restorative justice, in other words, might have become a means of placing certain historic privileges beyond the reach of majoritarian politics”. Cf. HIRSCHL, *Ran. Op. cit.*, p. 199.

²⁶⁵ André Marengo aponta como a presença de partidos de direita em cargos centrais dos governos que se seguiram ao regime militar, inclusive dos liderados por políticos associados a posições anti-autoritárias, reflète

Quanto ao segundo argumento, vê-se que a transferência do poder decisório ao STF em temas sensíveis como os da justiça de transição serve também para isolar responsabilidades políticas acerca da tomada de decisão, uma vez que a decisão da Corte seria ou deveria ser baseada em direitos e não em interesses particulares (do tipo “revanchista”, por exemplo)²⁶⁶, o que também em certa medida contribui para a manutenção do *status quo*, especialmente a respeito da concepção do discurso da reconciliação nacional, forjado ainda durante o regime militar.

Desse modo, é possível falar que, no caso da Lei da Anistia, a forma como a transição para a democracia ocorreu no Brasil, controlada, em sua grande parte, pelo antigo regime e, logo em seguida, conduzida de forma extremamente parcimoniosa por elites políticas afinadas com o *status quo ante*, culminou com uma judicialização que teve por consequência reafirmar pressupostos discursivos pouco alinhados com mudanças político-institucionais. Isso só confirma o papel conservador que o constitucionalismo e o *judicial review* podem desempenhar, em evidente contraposição ao discurso oficial, no caso do Supremo Tribunal Federal, de guardião maior da Constituição com vista à proteção das minorias e do jogo democrático.

Leonardo Augusto de Andrade Barbosa, em análise de grande fôlego sobre o processo constituinte de 1987/1988, traça interessante paralelo²⁶⁷ entre o esforço de disciplinamento do fenômeno constitucional feito pelo regime militar, que o encetava sob o símbolo dos “imperativos de segurança nacional”, e o possível caminho trilhado pelo STF de monopolizar o sentido da Constituição por meio da criação de todo um instrumental²⁶⁸ voltado para, sob o pretexto de interpretá-la, atribuir-lhe sentido inédito e criador.

Para o autor, o regime militar tentou por décadas domar o sentido da Constituição e o próprio fenômeno constitucional por meio da manipulação do direito com vista a pô-lo a

um paradoxo da transição por transição brasileira, que culminou com uma “reabilitação política da direita autoritária, seja sob a forma de sua transferência para partidos de centro e esquerda, seja na participação em todos os gabinetes presidências, desde a redemocratização”. Cf. MARENCO, André. Op. cit., p. 101.

²⁶⁶ Daí a conveniência da frase dita pelo ex-presidente Lula, citada na introdução do presente trabalho, de que a “anistia é um problema da Justiça”, após grande controvérsia dentro do seu próprio governo acerca das medidas a serem tomadas para concretizar mudanças conceituais na justiça de transição brasileira.

²⁶⁷ BARBOSA, Leonardo. *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Brasília: Câmara dos deputados, Edições Câmara, 2012, p. 368.

²⁶⁸ O autor (Ibidem, p. 369) cita várias técnicas interpretativas e de manipulação dos efeitos das decisões do Supremo, como sentenças aditivas, com eficácia pro futuro ou *ex nunc*, interpretação conforme a Constituição, transcendência dos motivos determinantes, atribuição de efeitos vinculantes, entre outros, citados no capítulo 1.2.

serviço de um governo que traduziria de forma fiel as expectativas do povo brasileiro, e o fez principalmente na edição de atos institucionais e na aprovação de emendas à Constituição que modificaram essencialmente a Carta Constitucional, de forma a realizar os “objetivos nacionais” e garantir a “paz e tranquilidade social”²⁶⁹. O governo, assim, se arvorava no papel de guardião do processo constitucional²⁷⁰, vocacionado para efetuar a salvaguarda do regime “revolucionário” pós-64 com sustento nos anseios populares.

Após a ruptura trazida pela Constituição de 1988, o papel de guardião da Constituição passou a ser exercido por um órgão de caráter democrático, como é o STF (ao contrário dos presidentes e das juntas militares do regime anterior), não havendo dúvidas que há várias diferenças entre a postura de um e de outro. Em visão otimista sobre o caso da América do Sul, Bruce Ackerman aponta que, apesar de que tanto o Judiciário como os militares tenham se autoafirmado a “última proteção” dos princípios fundamentais dos cidadãos, os juízes, ao contrário dos militares, atuam a “conta-gotas”, de forma setORIZADA e menos drástica, ao passo que tendem a trabalhar com base em normas reconhecidamente voltadas para a proteção da dignidade da pessoa humana:

The obvious difference between judges and generals should not conceal some sobering similarities in their efforts at symbolic legitimation. Just as a court may exploit the conflicts between the executive and legislature to impose constitutional principles elaborated by the people, the South American military has often justified its intervention in similar terms, presenting itself as the ultimate safeguard of the nation's fundamental principles endangered by squabbling politicians. There are, of course, many important differences between judicial and military interventions. Judges operate piecemeal, whereas generals take over the entire government; when judges intervene, they tend to operate in behalf of internationally recognized norms of human dignity, whereas the military tend to regulate society at the expense of those norms; and so forth.²⁷¹

Todavia, o temor que se aponta aqui é o de uma redução do texto constitucional à apenas uma narrativa – a do Tribunal –, opção institucional que se mostra quase tão arriscada quanto a redução à narrativa única dos militares autoinvestidos de poder político²⁷², ainda que com os sopesamentos necessários, como os feitos pelo autor na citação acima.

²⁶⁹ Ibidem, p. 139.

²⁷⁰ Leonardo Barbosa fala em “pretensão de domínio e monopólio sobre os sentidos da Constituição por força do nosso autoritarismo constitucional durante o regime militar” (Ibidem, p. 364).

²⁷¹ ACKERMAN, Bruce. The Rise of World Constitutionalism. Occasional Papers. Paper 4. 1996, disponível em <http://digitalcommons.law.yale.edu/ylsop_papers/4>. Acesso em 15.01.2015, p. 11.

²⁷² Idem.

Como Ran Hirschl já alertava, uma das consequências não-intencionais da delegação de poder político das tradicionais elites representativas ao Judiciário é a ameaça imposta a sua legitimidade, imparcialidade e independência. Ao passarem a serem vistos como um corpo político ativo, buscando implementar suas próprias agenda, as Cortes Supremas distanciam-se da tradicional postura de árbitros neutros, que justificou por muito tempo sua função como um dos braços do poder estatal, e com a qual costumavam e ainda costumam se mostrar ao público.²⁷³

Tal constatação, em grande parte paradoxal, reafirma a compreensão do caráter conservador do constitucionalismo em face do viés reformador da democracia²⁷⁴. Como afirma Araújo Costa,

o poder constituinte é uma categoria que somente faz sentido dentro de um discurso liberal, que busca estabelecer limites para a potência criadora do povo, reduzindo a manifestação legítima da soberania a momentos episódicos ocorridos no passado, e protegendo as instituições atuais de qualquer movimento que busque atuar em nome do povo.²⁷⁵

Para superar a contradição entre o conservadorismo do momento fundador da Constituição e sua reinvenção pelos atores políticos ativos com o passar do tempo, muitos apontam para o papel dos direitos fundamentais, como forma de permitir a autocrítica da própria Constituição²⁷⁶. Todavia, a interpretação da Constituição com base em um método histórico, como feito na ADPF 153, em busca de um consenso na sociedade organizada à época, só confirma a percepção de que o STF não se mostra coerente com seu papel de defesa de direitos, tendo ele se preocupado, ao revés, cada vez mais com a implementação de uma agenda própria de autoafirmação institucional e aumento de importância política.

²⁷³ HIRSCHL, Ran. Op. cit., p. 122. Cf. também Capítulo 1.9.

²⁷⁴ Aqui se adere à crítica feita à Habermas ao compreender tais conceitos como coexistentes: embora, direitos humanos (constitucionalismo) e soberania popular (democracia) sejam conceitos cuja interdependência legítima o sistema político, a verdadeira relação entre constitucionalismo e democracia é “indecidível”, como aponta Thomassen, o que os torna de impossível conciliação. Cf. THOMASSEN, Lasse. A bizarre, even opaque practice: Habermas on constitutionalism and democracy. In: THOMASSEN, Lasse; DERRIDA, Jacques; HABERMAS, Jürgen(eds.), *The Derrida-Habermas Reader*, p. 176-194. Edinburgh University Press: 2006, p. 190.

²⁷⁵ COSTA, Alexandre Araújo. O poder constituinte e o paradoxo da soberania limitada. *Revista Teoria e Sociedade*, v. 1, n. 19.1, 2011, p. 27.

²⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. O Estado democrático de Direitos: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In.: *A era das transições*. Trad.:Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 170.

De fato, ainda que fosse adequado tal recurso ao passado, como fez o Supremo, e ainda que, à época da edição da lei, houvesse realmente tal consenso a respeito do papel da anistia enquanto legítimo perdão concedido aos agentes do regime (o que é fortemente combatido por muitos autores, como visto no segundo capítulo), não se pode perder de vista que qualquer consenso numa sociedade liberal representa certa expressão da hegemonia e da cristalização de relações de poder²⁷⁷. O discurso do STF de detentor da última palavra a respeito da interpretação da Constituição prejudica a produção de qualquer efeito relevante do diálogo entre constitucionalismo e democracia, mormente em embates envolvendo situações de transição, em que há indícios de que o constitucionalismo serviria mais para ratificar posições conservadoras das hegemonias políticas preocupadas com a perda do seu poder do que propriamente garantir direitos.

Assim, o Judiciário, ao confirmar narrativas com base na busca de supostos consensos do passado, evita a rediscussão desses mesmos supostos consensos à luz dos direitos fundamentais. Isso vai de encontro a própria ideia de contínuo amadurecimento constitucional, uma noção que deve ser abraçada por toda a sociedade sob pena de se perder de vista o caráter prospectivo da democracia.

Um indicativo possível é ver a Constituição como a institucionalização de um *processo de aprendizagem* falível, por meio do qual a sociedade se permite vencer sua natural dificuldade normativa por meio da autocrítica e da autocorreção. De fato, no paradigma democrático de Estado de Direito, o direito, para ser pluralista, não deveria antecipar mais um determinado ideal de sociedade, e sim concretizar condições necessárias para os sujeitos de direitos se entenderem entre si, tanto para descobrirem seus problemas como para solucioná-los.²⁷⁸ Isso mostra como é importante inculcar no raciocínio decisório elementos que protejam o controle de constitucionalidade de exercer um papel paternalista, como o citado por Maus, de uma verdadeira teocracia constitucional, em que a monopolização de uma interpretação constitucional guiada por valores levaria o Supremo a figurar como a última esperança da sociedade e do cidadão, descredenciando o papel do autogoverno.

Essa mesma ânsia por decidir não pode atrapalhar a Corte em manter as premissas do autogoverno, bem como não pode fazê-la descurar de buscar afirmar as garantias do

²⁷⁷ MOUFFE, Chantal. Op. cit., p. 60.

²⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Op cit., p. 190.

Estado democrático, que as vezes perdem em concretude no longo prazo. A Corte, portanto, deve observar seu papel relevante de costurar o tecido democrático, não como mediadora, mas como partícipe da interpretação constitucional, ciente que o grau de definitividade de seus provimentos depende de fatores que vão além do mero método decisório²⁷⁹. Com efeito,

A opinião pública interage e é responsável por flutuações de legitimidade [entre os Poderes estatais]. Instituições constroem capital político difuso e passam a gerenciá-lo em decisões mais e menos populares. Sua margem de ação, ademais, não se define em bloco. Varia também de tema para tema, de acordo com a respectiva voltagem política do conflito.²⁸⁰

Impossível, portanto, não lembrar aqui dos conhecidas conceitos de “fatores reais de poder”, de Lassale, e da “sociedade aberta dos intérpretes constitucionais”, de Peter Häberle. Enquanto para o primeiro não se via saída institucional para os choques entre a *Constituição jurídica* e a *Constituição social*, para o segundo a chave estava exatamente na constitucionalização desses fatores reais, na introdução desses agentes conformadores da realidade constitucional no papel de protagonistas da interlocução do sentido da Constituição, impedindo que ela “seja arbitrariamente considerada como doada a um determinado órgão que, a título de se apresentar como seu guardião, não guardaria nada mais do que os próprios interesses egoísticos e as visões privadas de seus membros.”²⁸¹ Nesse sentido, parece banal mencionar que Peter Häberle já previa (em 1975) a falência de uma teoria constitucional que colocasse a interpretação da Constituição exclusivamente nas mãos do Estado-juiz. Para o autor, o monismo estatal – fruto das especulações do positivismo kelseniano – deveria ser aberto às novas formas derivadas do pluralismo jurídico, admitindo que a sociedade é um ente ativo e determinante da interpretação constitucional:

A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma ‘sociedade fechada’. Ela reduz, ainda, seu âmbito de

²⁷⁹ Nesse ponto, tanto Conrado Hübner Mendes como Rodrigo Abrão citam a dificuldade de equiparar a Constituição com a vontade do “povo”, conceito, como já dito, de difícil definição. Ambos os autores associam-no a uma correspondência, em certa medida, à “razão pública”, e confiam que instituições mais democráticas sempre possuirão meios de revidar diante de situações incômodas criadas por manifestações da Corte. Cf. MENDES, Conrado Hübner. Op. cit. p. 183 e 240; BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit., p. 325.

²⁸⁰ MENDES, Conrado Hübner. Op. cit., p. 186.

²⁸¹ CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do direito administrativo focado na ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício da teoria da constituição. Op. cit., p. 84.

investigação, na medida em que se concentra, primeiramente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados.²⁸²

Nesse ponto, uma vez ausentes mecanismos de diálogo institucional hábeis para promover o diálogo decisório, perde o projeto de mudanças de conceituação e de amadurecimento da justiça de transição no Brasil, o que só confirma a própria postura do STF de que, decidindo por último, decide sozinho. Exemplos disso são a recente decisão judicial no caso Rubens Paiva²⁸³, indicando que há poucas chances de mudança de posição da Corte, e as declarações públicas dadas por membros do próprio Tribunal de que a decisão da CIDH não tem, do ponto de vista jurídico, relevância para o Supremo²⁸⁴.

4.3 Necessidade do incremento do uso de virtudes passivas pelo STF em situações de grande desacordo moral

Esperar que o legislador tenha iniciativa de resolver a questão controvertida antes da decisão do Tribunal ou mesmo que providencie um “ataque” à decisão da Corte com uma nova proposta legislativa é ignorar que no jogo político – pelas limitações advindas da própria natureza do mandato parlamentar – certas questões não são facilmente discutidas, especialmente nas situações em que o legislador corre o risco de perder o respaldo da opinião pública (os já citados *no-win dilemmas*), citados no primeiro capítulo.

Para enfrentar essa dificuldade, defende-se que o uso de virtudes passivas favorece um modelo de interação entre Poderes orientado por princípios deliberativos, preocupado em “criar uma ‘cultura de justificação’ para além de um puro jogo de forças”, voltando-se para inserir no contexto político das instituições o papel reativo do “bom argumento”.²⁸⁵

Certamente que o uso de virtudes passivas, isto é, a capacidade de a Corte trabalhar com o simples ato de não decidir, ou de desenvolver a sua “sensibilidade” para saber o melhor momento para fazê-lo, representam um desafio à teoria constitucional e são de

²⁸² HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição*. Gilmar Ferreira Mendes (Trad.). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997, p. 12.

²⁸³ Cf. Capítulo 2.5.2 deste trabalho.

²⁸⁴ Cf. Capítulo 3.3 deste trabalho.

²⁸⁵ MENDES, Conrado Hübner. Op. cit., p. 210.

difícil normatização. Contudo, a técnica do minimalismo, defendida por Cass Sustein, utiliza o conceito de virtudes passivas de uma forma bastante produtiva e que favorece a ideia dialógica, o fomento à discussão na opinião pública e a troca de razões entre as instituições.

A utilização de virtudes ativas e passivas por parte da Corte possui direta relação com seu perfil e com a forma como é vista no desenho institucional dos Poderes: as primeiras se adequam a um panorama de ativismo, maximalismo e supremacia judicial, enquanto as segundas para um quadro de autocontenção, minimalismo e diálogo.²⁸⁶

O julgamento da ADPF 153 é bom exemplo de como o uso de virtudes passivas pela Corte deveria ser recomendado em matérias em que há grande desacerto moral na sociedade e, mais ainda, quando se tratava de uma mudança conceitual da significação da própria anistia. De fato, o razoável desacerto no campo da opinião pública e das instituições estatais a respeito da melhor forma de conduzir o processo transicional brasileiro contrasta com a interpretação, feita pela Tribunal, sobre a constitucionalidade dos dispositivos da Lei da Anistia, conforme se destacou no terceiro capítulo. Essa mudança de significação da anistia, de um discurso de “perdão e esquecimento” para um discurso voltado para “justiça e descobrimento da verdade”, foi fruto de décadas de amadurecimento da Justiça de Transição no Brasil, e culminou com a mobilização de instituições políticas e da sociedade civil organizada em torno da reabertura do tema da anistia e da possível punição de agentes do regime militar, mas que foi freada pela própria forma como a questão foi judicializada.

A urgência por decidir e o fechamento para o diálogo, a utilização de método decisório peculiar (interpretação da “vontade histórica da sociedade” em prol da reconciliação nacional com a anistia) e a cristalização de sua decisão por meio do esgotamento dos temas passíveis de decisão (a exemplo da invocação da proibição de aplicação retroativa de lei penal mais grave) mostram como o atual discurso do Supremo Tribunal Federal, no sentido de servir de engenho para proteção de direitos e funcionar como garantia contramajoritária do cidadão, esconde na realidade uma postura política que se vocaciona para a centralização do poder decisório em questões vitais da democracia, alijando a participação dos demais poderes e da sociedade civil.

Em razão da forma como se decidiu, sobraram poucas opções para os atores institucionais voltados para a consecução dessa remodelagem da justiça de transição nacional:

²⁸⁶ Ibidem, p. 129.

de fato, como foi visto, a busca por um *overruling* pode não ser adequada, ao menos do ponto de vista da definição de controvérsias sobre direitos constitucionais, na medida em que confere demasiada importância (i) ao casuísmo da composição dos Tribunais e, no caso concreto em questão; (ii) ao puro argumento de autoridade da decisão da CIDH no caso *Gomes Lund vs. Brasil*; sem adentrar, em nenhuma das hipóteses, no cerne da questão relativa aos inconvenientes de se confiar, sempre, na palavra final dada pelas Cortes em casos sensíveis como o da anistia.

Nesse ponto, a sobrecarga de tentativas dos agentes da Justiça de Transição em, primeiramente, ter a opinião do Tribunal e, em um segundo momento, tentar convencer o Tribunal a mudar de opinião (nova ADPF 350, recursos, etc), confirma o grande poder institucional que o Supremo atualmente possui no cenário político brasileiro e a falta de arranjos empíricos que supram esse desbalanceamento entre Poderes. Ao mesmo tempo, a adoção de novas medidas e o surgimento de diferentes atores institucionais em matéria de justiça de transição, como a decisão da CIDH e as investidas do MPF em negar autoridade à decisão do Supremo na ADPF 153, põem em xeque a decisão do Tribunal e apontam para uma radicalização de discursos que igualmente não se aproxima de uma tentativa de implementar um diálogo constitucional, alternativa teórica abordada no capítulo 1.10.

Entende-se que tais críticas poderiam ser amenizadas caso o uso de virtudes passivas e de uma técnica decisória mais próxima do minimalismo, com uma menor carga de autoafirmação institucional e, ao contrário do que foi feito, reconhecedora da complexidade do tema e da possível insuficiência dos métodos tradicionais de interpretação jurídica para resolver em definitivo a questão (especialmente o método da interpretação histórica, como comentado). Em situações como a da ADPF 153, o uso de virtudes passivas – de forma a instigar e não encerrar o debate – se mostra mais propício ao diálogo e ao fortalecimento de uma razão pública a respeito da questão, pois permite que os “processos deliberativos sejam estimulados na sociedade antes que se tome uma decisão rígida de princípio. Deixa-se a questão de princípio amadurecendo e sendo testada pela experiência”²⁸⁷. Com efeito, diante da nova ADPF 350 e dos recursos levados à apreciação da Corte sobre o tema da Anistia, terá ela rara oportunidade de testar essa posição, ainda que tenha buscado encerrar o debate com o julgamento da ADPF 153.

²⁸⁷ Ibidem, p. 112.

4.4 Urgência na criação de mecanismos institucionais de diálogo constitucional

Ao que tudo indica, o procedimentalismo democrático não deve se restringir a propiciar meios para que os cidadãos autoinvestidos de poder político deliberem a respeito do seu modo-de-vida, mas avançar para canalizar de forma produtiva os fluxos e influxos de comunicação que ocorrem entre as próprias instituições que manejam o poder do Estado. De fato,

“[s]e parlamentos e cortes adotam uma atitude deliberativa e levam em conta os argumentos expostos por cada um, desafiando-se reciprocamente quando consideram que tem uma melhor alternativa, é provável que produzam respostas mais criativas do que num modelo conflitivo e adversarial.”²⁸⁸

Como se afirmou no início do primeiro capítulo deste trabalho, a questão que permanece latente não se restringe a definir uma autoridade decisória para os grandes desacertos morais de uma sociedade pluralista e que se pretende democrática, mas sim refletir sobre as instituições públicas que foram construídas para esse fim. Considerando o arranjo institucional atual, e não havendo dúvidas que as instituições públicas interagem²⁸⁹, resta à teoria constitucional propor meios para que essa interação seja proveitosa.

De fato, se a interação é inevitável, uma que expressamente se mostre deliberativa traz consigo um ganho democrático, ao passo que a puramente adversarial representa um desperdício do seu potencial epistêmico²⁹⁰. Por esse ângulo, a supremacia judicial material – autoridade final e irrevogável do Supremo Tribunal Federal a respeito da deliberação sobre questões de princípio –, como falado, além de desconhecer que a história da política é composta por uma sobreposição de deliberações de autoridade, desestimula uma interação mais forte entre a Constituição e os órgãos representativos em geral.

Seria injusto afirmar que a Corte se fecha totalmente para o diálogo: como visto, há exemplos desse diálogo, e há mesmo quem afirme que existe um produtivo sistema de trocas de interpretação constitucional entre Poderes²⁹¹. Contudo, a análise do caso da ADPF 153, prisma por meio do qual se analisou a atuação do STF neste trabalho, permitiu que se

²⁸⁸ Idem.

²⁸⁹ Ibidem, p. 161. O diálogo se dá ainda que silenciosamente e inconscientemente entre as instituições.

²⁹⁰ Ibidem, p. 211.

²⁹¹ É o caso de Rodrigo Brandão, cuja afirmação da existência de verdadeiro diálogo constitucional é comentada e questionada no capítulo 1.10. Cf. BRANDÃO, Rodrigo. op. cit., passim.

visualizasse como o diálogo ainda não é o foco; como o Tribunal faz transparecer os mecanismos que vem utilizando para consolidar sua própria agenda de autoafirmação política, em grande parte incentivado pelos demais Poderes. A pretensão de supremacia judicial material – de detentora da “última palavra” sobre a Constituição – acabou ancorando o desenvolvimento da Justiça de Transição no Brasil e servindo para distanciar a atuação da Corte do discurso de proteção de direitos com o qual ela publicamente busca se firmar no cenário político nacional.

Viu-se, inclusive, a propósito de diálogo, o quão curioso é notar como a Corte, ao lançar um olhar retrospectivo para julgar o caso da anistia, tenta dialogar com instituições que já não mais existem (o regime político e a sociedade brasileira do final da década de 1970), ao passo em que não se abre francamente ao diálogo com as instituições atuais, que com ela disputam, ou deveriam disputar, o sentido da Constituição. Em verdade, a dificuldade intergeracional é um dos paradoxos do constitucionalismo, que deve ser objeto de autocrítica constante, a fim de que a democracia não se deteriore nem, ao mesmo tempo, perca seu caráter prospectivo.²⁹² Para reforçar a tese de que a relação entre os Poderes clama por diálogo, o simples fato de o Ministro Eros Grau ter se posicionado, em seu voto, no sentido de que seria possível ao Parlamento discutir a abrangência da anistia, fez com que esse “permissivo” constasse nas justificativas ao Projeto de Lei do Senado nº 237, de 16 de junho de 2013.²⁹³

Nessa linha, é incumbência da teoria constitucional chamar atenção para os problemas daí derivados e para as alternativas possíveis, dentre as quais se destaca a da criação de mecanismos dialógicos mais produtivos que o da resposta legislativa, seja pela via ordinária²⁹⁴ ou pela via da emenda constitucional²⁹⁵.

Nesse ponto, interessante a experiência advinda da Proposta de Emenda à Constituição n. 33 (PEC nº 33/2011), que trazia diversas propostas de limitação da atuação do Supremo Tribunal Federal, especialmente a possibilidade de revisão, pelo Congresso

²⁹² É tentador lembrar, aqui, do alerta de Jefferson sobre os acordos intergeracionais e como isso é uma preocupação constante do constitucionalismo: “a terra pertence em usufruto aos vivos: os mortos não têm poderes ou direitos sobre ela”. JEFFERSON, Thomas. *The portable Thomas Jefferson*. Merrill D. Peterson (edição). Penguin Books, 1977, p. 445.

²⁹³ Cf. Capítulo 2.4 deste trabalho.

²⁹⁴ Como pretendido no caso da ADPF 153 e apontado no segundo capítulo.

²⁹⁵ Como defendido por Rodrigo Brandão como sendo a forma mais produtiva adotada no Brasil para o diálogo constitucional entre Poderes. Cf. Primeiro capítulo deste trabalho.

Nacional, de decisão declaratória de inconstitucionalidade material, após a obtenção de maioria qualificada (3/5) dos parlamentares e submissão da decisão a um referendo popular. Essa proposta foi rapidamente rechaçada pelos próprios Ministros do Supremo em vários comentários à imprensa, nos quais se reforçou o discurso da detenção da última palavra sobre a Constituição pelo Supremo e da suposta ofensa à independência do Poder Judiciário, tomando a medida como desarrazoada e tachada de retaliação do Congresso ao Supremo.²⁹⁶ A propósito, um dos Ministros chega a questionar o porquê de se imaginar uma limitação como essa em “pleno século XX”, insinuando tratar-se de medida antiquada e distanciada dos ideais democráticos atuais.

Nesse ponto, é curioso ver como a medida proposta se aproxima de uma revisão da decisão do Supremo por Emenda Constitucional (considerando a maioria qualificada prevista no projeto), uma forma de resposta legislativa admitida pelo Supremo Tribunal Federal e tida por alguns como forma legítima de diálogo institucional²⁹⁷. Do mesmo modo, democracias como o Canadá possuem formas de controle das declarações de inconstitucionalidade do Supremo, tendo tais preposições inclusive gerado uma vasta doutrina a respeito de como favorecem o diálogo institucional²⁹⁸. Não seria exagero, portanto, entender que as críticas do próprio Supremo às tentativas de institucionalizar o diálogo dizem mais com um receio com o enfraquecimento do já decantado e aceito discurso da “última palavra” do que propriamente com uma preocupação a respeito da forma como as tentativas de diálogo institucional timidamente acontecem no dia a dia do jogo entre os Poderes.

Assim, em paralelo à discussão acerca do incentivo ao exercício de virtudes passivas por parte da Corte, incumbe à teoria constitucional visualizar mecanismos de interação institucional mais eficazes, que não deixem a deliberação em aberto – o *non liquet* e o primado da segurança jurídica demandam que isso seja feito, e logo – mas também não eternizem a decisão de nenhuma autoridade, seja ela representativa ou não. Para isso é crucial perceber que “desafiar” uma decisão do Supremo não significa necessariamente descumprir

²⁹⁶ BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história. Op. cit. p. 77.

²⁹⁷ Como Rodrigo Brandão. Cf. Capítulo 1.9.

²⁹⁸ Trata-se da Seção 33 da Carta de Direitos e Liberdades canadense de 1982, que admite a possibilidade de o Parlamento recusar que uma lei seja submetida ao controle de constitucionalidade judicial, uma espécie de “imunidade” ao *judicial review* imposta pelo legislativo, desde que atendidas determinadas condições. Como relata Hübner Mendes, a doutrina constitucional canadense passou a compreender que a Seção 33, apesar de raramente utilizada dado ônus político e social que traz ao Poder Legislativo, oficializou e facilitou a prática dos diálogos institucionais. Cf. MENDES, Conrado Hübner. Op. cit., 148-158.

suas decisões ou cortar seu orçamento²⁹⁹, mas sim discordar dela de forma pública e clara, tendo a segurança de que todos os Poderes participam da busca pela interpretação da Constituição, a qual deve ser vencida pelas melhores razões e não por argumentos de autoridade. E, especialmente quando se trata de assuntos em que há sabida discordância moral relevante, nem o Supremo deve compreender uma discordância como uma afronta a sua autoridade, nem os demais Poderes e a sociedade devem entender isso como algo estranho à democracia.

A proposição de um diálogo como esse em temas sensíveis como a Lei da Anistia se volta, portanto, para a construção de um *judicial review* mais forte. A ninguém atende um controle de constitucionalidade que não se sustenta. Portanto,

[a] pesar de a corte poder errar, e errar grosseiramente (seja qual for o critério por meio do qual se meça o erro), não é realista nem historicamente plausível dizer que ela possa decidir continuamente de modo desconectado da realidade, que ela não se preocupe com a manutenção de seu prestígio e respeitabilidade, dos quais depende não só a sua legitimidade, mas inclusive a eficácia de suas decisões. Ela não consegue sustentar sua autoridade por muito tempo se insistir numa postura que não seja aceitável numa determinada cultura política.³⁰⁰

Conquanto a durabilidade de um precedente seja mais ou menos longo, decisões que seguidamente desafiam a opinião pública tendem a ruir a autoridade da Corte. Ainda que a opinião pública tenha se distanciado ou se mostrado dividida sobre o tema da anistia, o desafio institucionalizado à decisão do Supremo pelos órgãos estatais incumbidos de efetivar o direito à verdade, como a CNV e o MPF, e a constante queixa dos familiares, de associações civis e, ainda, a pendência de cumprimento da decisão da CIDH, deixa o Supremo em posição desconfortável, em questionamento constante de sua autoridade. De fato, trata-se de uma institucionalização da crítica à decisão do Supremo (registrada no relatório final da CNV, por exemplo) e uma tentativa de contorná-la (na verdade, descumpri-la, ao se afirmar, por exemplo, a obrigatoriedade de observância da decisão da CIDH, pelo MPF e juízes de primeiro grau). Assim, salvo se esse desafio se mostrar meramente ocasional, a supremacia judicial, nos termos em que foi vista, servirá mais para atrasar o processo do que para qualificá-lo argumentativamente, em um desserviço à democracia.

²⁹⁹ Como citado no capítulo 3.6.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 186-187.

A ausência de mecanismos de diálogo diante de uma postura intransigente de “detentor da última palavra” pelo Judiciário, em casos nos quais o desacordo sobre a decisão é elevado, suscita situações como a descrita no caso da ADPF 153.

No quadro traçado, pode-se questionar onde repousam a segurança e o conforto que a autoridade decisória do Supremo supostamente deveria trazer à sociedade. O reconhecimento da ausência de autoridade final sobre questões de princípios não significa a instauração de uma anarquia decisória – em que não se sabe quem decide por último – mas, antes, a percepção da falibilidade natural das instituições públicas, que seus erros precisam ser corrigidos e que é próprio de uma democracia que tais avanços e retrocessos ocorram para que possa seguir em evolução.

O caso da ADPF 153 permite, assim, enxergar um quadro em que o STF, por ter a “última palavra”, monopoliza a interpretação da Constituição e se posiciona de forma destacada do poder político, o qual, por sua vez, clama por mecanismos de diálogo constitucional, sob pena da radicalização de discursos e posições. As reações institucionais que se seguiram à decisão, apesar de não conformarem um diálogo recomendado entre instituições, por repetirem argumentos já utilizados ou apenas procurarem superar a autoridade do Tribunal para decidir sobre o tema, já mostram indícios da insuficiência do modelo que então se construiu acerca do papel definitivo do STF como único “guardião da Constituição” e que permitiu ao Supremo tratar tais questões dessa forma. No longo prazo, essa insatisfação pode permitir uma gênese epistêmica útil para o desenvolvimento da democracia do Brasil e, espera-se, também para a Justiça de Transição, que se encontra, hoje, em uma difícil encruzilhada.

5. Conclusão

No decorrer do trabalho, adotou-se como mote a perplexidade de se atribuir ao Supremo Tribunal Federal a última palavra a respeito de tema tão profundamente conectado com a democracia e o constitucionalismo como é o da Justiça de Transição e, ao mesmo tempo, de não se aceitar a solução dada pela Corte ao caso, constantemente questionada pelos atores institucionais envolvidos com o tema e mesmo pela comunidade internacional.

Assim, embora jamais se tenha buscado, no âmbito desse trabalho, encontrar uma resposta final para o tema, isto é, afirmar peremptoriamente que o Supremo acertou ou errou em seu julgamento, ou mesmo cogitar se a resposta correta adviria da atuação de outras instituições políticas, trabalhou-se com a análise dos paradoxos trazidos pela atuação *supremocrática* do Tribunal em relação ao tema, bem como os cenários possíveis para uma mudança de atitude, tanto da Corte, como dos atores institucionais envolvidos.

Confirmou-se, desse modo, a hipótese suscitada de que o Poder Judiciário, ao avocar-se dono da “última palavra” sobre a interpretação constitucional, tende a não atuar de modo a “re-eletrizar uma pauta estabilizada nos demais Poderes”, e, no que diz respeito à Justiça de Transição, ao contrário do que se poderia esperar, pareceu querer se fechar, assumindo a retórica do “guardião entrincheirado” (para usar a expressão cunhada por Conrado Hübner Mendes). Assim, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 153, mostrou claramente como se distancia a passos largos de atuar com fins de viabilizar um efetivo diálogo institucional.

No primeiro capítulo do trabalho, discorreu-se sobre a ideia de “última palavra” a respeito da interpretação da Constituição e sobre os argumentos favoráveis e críticas à supremacia judicial em seu sentido material, isto é, aquela na qual a decisão tomada pelo Poder Judiciário acerca da interpretação da Constituição se torna definitiva, imutável mesmo pela atuação de outras instituições políticas.

Nesse ponto, destacou-se como o Supremo Tribunal Federal chegou a uma posição, dentro do quadro institucional brasileiro, de substancial poder político (alcançada de “supremocrática” por Oscar Vieira), destacando-se o sistema de amplo *judicial review* adotado pela Constituição de 1988; um alinhamento institucional específico das competências dos órgãos estatais; um extenso rol de direitos previstos no texto constitucional, que ganharam uma significação própria enquanto direitos subjetivos exigíveis pela via do Judiciário; bem como a adoção de uma postura ativista por parte da Corte, que passou a dispor de mecanismos

próprios de interpretação da Constituição que lhe permitiram alterar de forma profunda o sentido do texto constitucional e mesmo atuar de forma bastante positiva na criação do Direito.

Buscou-se, em seguida, desmistificar os argumentos mais comezinhos em favor da preponderância do Judiciário na interpretação da Constituição, sem deixar de lado as críticas endereçadas à atuação dos demais Poderes, como o Legislativo, em crescente descrédito institucional. Destaca-se, aí, a abordagem a autores como Dworkin e Ackerman em favor do *judicial review*; de Jeremy Waldron e Mark Tushnet em seu desfavor; bem como à tese de Ran Hirschl acerca da preservação da “hegemonia política” na constitucionalização de direitos e no empoderamento do Poder Judiciário, enquanto forma deliberada de manter certos interesses das elites políticas, com respaldo das elites econômicas e jurídicas, a salvo da atuação das políticas majoritárias. Por fim, tencionaram-se as respostas apontadas com a proposta de diálogos institucionais, abordadas no Brasil por teóricos como Rodrigo Brandão e Conrado Hübner Mendes, por meio da qual a “palavra final” acerca da Constituição é em certo grau relativizada, a fim de permitir uma troca de razões e argumentos entre as instituições deliberativas voltadas para melhor definir, ainda que de forma provisória, temas altamente controvertidos.

No segundo capítulo, associou-se a mudança de significação a respeito do que vem a ser a Lei da Anistia ao contexto da Justiça de Transição brasileira, passando de uma noção de anistia enquanto “perdão e esquecimento” a uma vertente que a compreende como “justiça e verdade”, o que enseja, além da abertura dos “arquivos da ditadura”, a discussão a respeito da punição dos agentes do regime passado que praticaram graves violações de direitos humanos, na esteira da experiência internacional. Apontou-se como a evolução da política relativa à Justiça de Transição levou à sua judicialização por meio da ADPF 153, buscando-se no STF a resposta definitiva a respeito da possibilidade de interpretação da Lei da Anistia de forma a permitir a punição dos crimes praticados por agentes do Estado. Mostrou-se a forma como o STF se manifestou, compreendendo a interpretação dada à anistia (esquecimento e perdão) como fundamento da própria redemocratização do país e viga-mestra da Constituição de 1988, negando, desse modo, a possibilidade de persecução criminal de agentes do regime militar pela prática de crimes comuns.

Apontou-se, ainda, como a Corte sinalizou o fechamento definitivo da questão com a ideia de que nem mesmo o Poder Legislativo poderia rever a Lei da Anistia sob pena

de violar cláusulas pétreas, ao passo em que surgiram várias reações ao seu julgamento, desde movimentos direcionados ao *overruling* da decisão, como a interposição de recursos e o ajuizamento de nova ADPF para tratar do mesmo tema, até alegações que tangenciam o argumento do Supremo e buscam uma autoridade decisória superior, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, na sentença do caso *Gomes Lund vs. Brasil*, condenou o país a não aplicar a Lei da Anistia de modo a impedir a persecução penal e julgamento dos agentes do regime militar causadores de violações a direitos humanos.

No terceiro capítulo, analisou-se as consequências da inter-relação entre Justiça de Transição e supremacia judicial, partindo-se da premissa da atuação “supremocrática” do STF, isto é, a junção entre constitucionalização de direitos e judicialização de questões políticas, aliada ao método levado a cabo pelo Supremo Tribunal Federal ao lidar com questões sensíveis, tendente ao “maximalismo”, como suscitado por Cass Sunstein, isto é, à abordagem sobre questões que transcendem a análise do caso posto em debate e buscam enfrentar todos os possíveis argumentos, inclusive não-jurídicos, contrários à tese sustentada pelo Tribunal, fechando o diálogo constitucional.

Nessa linha, as consequências antevistas da suscitada inter-relação, que corroboram várias das críticas a respeito da supremacia judicial levantadas no primeiro capítulo, podem ser sintetizadas da seguinte forma: a interpretação histórica utilizada pelo STF acarretou uma sensível mudança de abordagem sobre a questão de princípio em debate, que diz respeito à dúvida sobre a possibilidade de se considerar criminalmente perdoados, pela Lei da Anistia, os agentes do regime que praticaram violações graves a direitos humanos; a ocorrência de uma assimilação política da Justiça de Transição pelo Judiciário, confundindo as instâncias decisórias e as próprias alternativas postas à disposição dos atores institucionais afetos ao tema para viabilizar a evolução conceitual da anistia; a cristalização da posição do Supremo por meio de uma invalidação maximalista, com manuseio de argumentos constitucionais que engessam o diálogo e a discussão do tema fora das Cortes, a exemplo do emprego do princípio da irretroatividade da lei penal mais grave, de duvidosa aplicação geral ao caso (embora possa ser aplicada na análise das situações individualizadas); a inviabilização de um amadurecimento constitucional relacionado à Lei da Anistia, destacando a percepção de que, no Brasil, a transição democrática bem como a constitucionalização de direitos e a consequente supremacia judicial possuem intrínseca ligação com a manutenção da hegemonia de elites políticas, na linha da tese formulada por Ran Hirschl; e a perda da credibilidade do

Parlamento como ponto de discussão legitimamente democrático com o surgimento de novos atores ligados à Justiça de Transição.

O quarto capítulo encerra o trabalho de forma propositiva, suscitando a necessidade de incremento de medidas de diálogo constitucional, que acaba sendo obscurecida pela postura do Supremo Tribunal Federal em casos como o da ADPF 153, destacando-se o “minimalismo” proposto por Cass Sunstein para tratar de temas tão controversos como os da Lei da Anistia, propiciando uma tensão produtiva entre democracia e constitucionalismo ao fomentar o debate e a interação entre os Poderes, a fim de fechar temas ainda não envolvidos pela opinião pública e sem o devido amadurecimento constitucional.

Com efeito, a crença na segurança jurídica leva a se creditar a uma instituição a palavra final sobre questões constitucionais sensíveis para a própria construção da democracia. Nem sempre a solução fornecida pacifica os anseios sociais, o que gera uma tensão entre constitucionalismo e democracia, além de um descrédito nos entes públicos. Para evitar instabilidades, a solução viabilizada por um diálogo institucional permite transportar cargas discursivas entre instâncias decisórias, fortalecendo uma decisão adequada e mais duradoura.

Essa postura aparta cada vez mais o exercício da cidadania das manifestações de poder estatal: descrente na representação eleitoral típica, a cidadania se dilui na confiança quase mística no método racional judicial. Ao se cogitar da não aplicação da anistia aos agentes do regime militar que cometeram crimes não-políticos, teme-se pela perpetuação do discurso da reconciliação nacional, agora com base judicial, sem uma crítica institucional adequada ao quanto de omissão e esquecimento se encontram embutidos nesse argumento.

Assim, obstaculiza-se uma guinada na Justiça de Transição nacional e a conseqüente interpretação dessa mesma Justiça de Transição face à realização de várias garantias constitucionais, tudo em prol da consecução de um valor constitucional – reconciliação nacional – cuja palavra final foi construída pela Corte Constitucional ao largo desse debate, que precisaria ser construído junto à sociedade.

Em tempos em que se chega a clamar publicamente pela volta do regime militar, uma atitude mais permissiva da Corte Constitucional viabilizaria um debate mais concreto a respeito do que se concebe como anistia, quais seus limites e atores. Não acontecendo isso pela forma como se construiu o ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal, acaba por acontecer pela força de atores externos e também desvinculados de processos políticos

representativos clássicos, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que condenou o Brasil a rever a sua posição quanto à Lei da Anistia e punir os crimes cometidos por agentes do regime cívico-militar.

Assim, a necessidade de implementação de mecanismos para propiciar a troca de razões públicas entre as instituições é premente, pois evita a fragmentação de esforços para viabilizar mudanças institucionais e o descrédito institucional em relação às instituições republicanas. Faz-se necessário que a teoria constitucional se debruce sobre as formas de viabilizar o diálogo institucional, orientada pela necessidade de que, em uma democracia, as boas razões guiem as decisões, e que, para melhorá-las qualitativamente, o diálogo é um procedimento fundamental: o brocardo jurídico segundo o qual “*decisão judicial não se discute*” precisa, portanto, ser reavaliado criticamente.

Daí a pergunta, que se faz com certo otimismo: até quando o fetichismo por “errar por último” impedirá que o Supremo Tribunal Federal, na posição superior que o constitucionalismo nacional lhe alçou como intérprete da Constituição, abra-se ao diálogo honesto entre instituições democráticas a respeito de questões sensíveis, como a da anistia? Acredita-se que o caso da ADPF 153 é exemplo da inviabilidade dessa prática e oxalá marque o início de uma mudança de postura institucional, tanto do Supremo como das demais instituições políticas e da sociedade civil em relação ao tema.

Referências

ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. Resistance to Change. In: *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability: Comparative and International Perspectives*, Nova Iorque: Cambridge University Press, 2012.

_____. Mutações do Conceito de Anistia na Justiça de Transição Brasileira. In: *Revista de Direito Brasileira*, 2012, p. 357-379.

_____. O programa de reparações como eixo estruturante da justiça de transição no Brasil. *Justiça de Transição—Manual para a América Latina*. Brasília/Nova Iorque: Ministério da Justiça/ICTJ, p. 473-516, 2011.

ACKERMAN, Bruce. The Rise of World Constitutionalism. *Occasional Papers*. aper 4. 1996, disponível em <http://digitalcommons.law.yale.edu/ylsop_papers/4>. Acesso em 15 jan 2015

_____. *We the People: Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

ÁFRICA DO SUL. *Julgamento do Caso CCT 17/96*. Azanian Peoples Organization (AZAPO) and Others v President of the Republic of South Africa and Others, Constitutional Court of South Africa, 25 jul 1996.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALMEIDA, Eneá de Stutz e. Direito à justiça: a questão dos civis que atuaram na ditadura brasileira. In: TOSI, Giuseppe et al (org). *Justiça de transição: direito à justiça, à memória e à verdade*. p. 195-212. João Pessoa: Editora da UFPB, 2014

ANDERSON, Lisa. *Transitions to Democracy*. New York: Columbia University Press, 1999.

ANDRADE. Carlos Drummond de. Anistia: como vens, como te imaginava. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 28 jun 1979.

ARRUDA, Roldão. MPF vai intensificar ações contra militares citados em relatório. *O Estado de São Paulo*. 05 fev 2015. Disponível em < <http://politica.estadao.com.br/blogs/roldao-arruda/mpf-vai-intensificar-acoes-contramilitares-citados-em-relatorio>>. Acesso em 01 mar 2015.

BALIARDO, Rafael. Supremo revê decisão sobre rito de Medidas Provisórias. *Consultor Jurídico*. São Paulo, 9 mar 2012. Disponível em www.conjur.com.br/2012-mar-09/stf-volta-atras-valida-leis-originarias-mps-vicio-tramitacao. Acesso em 16 jan 2015.

BARAHONA, Alexandra. Justiça transicional em câmara lenta: o caso do Brasil. In: PINTO, Antônio; MARTINHO, Francisco (org.). *O passado que não passa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 235-260.

BARAHONA, Alexandra; SZNAJDER, Mario. A política do passado: américa latina e europa do sul em perspectiva comparada. In: PINTO, Antônio; MARTINHO, Francisco (org.). *O passado que não passa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 295-327.

BARBOSA, Leonardo. *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Brasília: Câmara dos deputados, Edições Câmara, 2012.

BARRIENTOS-PARRA, Jorge; MIALHE, Jorge Luís. Lei da Anistia: comentários à sentença do Supremo Tribunal Federal no caso da ADPF 153. *Revista de informação legislativa*, v. 49, n. 194, p. 23-40, abr./jun. 2012.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 51 Número 201 jan./mar. 2014. Brasília: Senado Federal, 2014.

_____. Brazilian Elections and Demonstrations of June 2013: The Rise of Conservatism? *I-CONnect the blog of the International Journal of Constitutional Law*. Disponível em <http://www.iconnectblog.com/2014/11/brazilian-elections-and-demonstrations-of-june-2013-the-rise-of-conservatism>. Acesso em 07 jan 2015.

_____. *On the limits of constitutional adjudication: deconstructing balancing and judicial activism*. New York: Springer, 2010.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre a interpretação da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório: textos temáticos*, v.2. Brasília: CNV, 2014.

_____. Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009. “A prova o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3 e dá outras providências.” Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm, Acesso em 15 jan 2015.

_____. IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Sistema de indicadores de percepção social: Defesa Nacional (Parte III)*, 29 fev 2012. Disponível em : http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/SIPS/120229_sips_defesanacional_3.pdf . Acesso em 15 jan 2015.

_____. Ministério Público Federal. Grupo de trabalho justiça de transição: atividades de persecução penal desenvolvidas pelo Ministério Público Federal: 2011-2013, DODGE, Raquel Elias Ferreira (coord.), Brasília: MPF/2ª CCR, 2014.

_____. Ministério Público Federal. Razões de recurso em sentido estrito. *Processo nº 0004204-32.2012.403.6181*. Ministério Público Federal v. Carlos Alberto Brilhante Ustra e outro. 28 mai 2012, p. 14.

_____. Ministério Público Federal. Relatório preliminar de atos de persecução penal desenvolvidos pelo MPF acerca de graves violações de direitos humanos cometidas por agentes do Estado durante a ditadura.. Disponível em <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/Relatorio_Crimes%20Ditatura_completo.pdf>. Acesso em 15 jan 2015.

_____. PGR defende não aplicação de parte da Lei da Anistia. *Procuradoria-Geral da República*. 29 ago 2014. Disponível em http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_criminal/pgr-defende-nao-aplicacao-de-parte-da-lei-da-anistia/. Acesso em 15 jan 2015.

_____. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 573, de 23 de fevereiro de 2011. Dá interpretação autêntica ao disposto no art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=493311>. Acesso em 15 jan 2015

_____. *Relatório Anual da Comissão de Anistia - 2010*. Brasília: Ministério da Justiça, 2010.

_____. Senado Federal. Revisão da Lei da Anistia avança no Senado. Agência Senado, 09 abr 2014. Disponível em <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/04/09/revisao-da-lei-de-anistia-avanca-no-senado>. Acesso em 10 jan 2015.

_____. Superior Tribunal Militar. Acórdão na Representação nº 1061-7/DF. Ministro Relator Antônio Carlos de Seixas Telles, 15 mar 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510. Relator: Ministro Ayres Brito. Data de julgamento: 29 abr. 2010. Data da publicação: 29 mai. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 15 jan 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. Relator: Ministro Eros Grau. Data de julgamento: 29 abr. 2010. Data da publicação: 06 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 30 ago 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão liminar na Reclamação n. 18.686-RJ. Relator Ministro Teori Zavascki. José Antônio Nogueira Belham e outros vs. Juiz Federal da 4ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Data de julgamento: 29 set 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+18686%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/nmfjsc3>. Acesso em 10 fev 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 1.351. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3510GM.pdf>. Acesso em 02 fev 2015.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do direito administrativo focado na ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício da teoria da constituição. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Ano 68, nº 2, Síntese: 2002, p. 67-83.

_____. Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista Notícia do Direito Brasileiro*, v. 6, jul./dez. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 2000, p. 233-250.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo Judiciário e democracia. *Alceu*, v. 5, n. 9, p. 105-113, jul./dez. 2004.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Vs Brasil*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf> Acesso em 30 ago. 2013.

_____. *Resolução de supervisão de cumprimento da sentença do Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs Brasil, de 17 out 2014*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gomes_17_10_14_por.pdf> Acesso em 10 jan 2015.

COSTA, Alexandre Araújo. O poder constituinte e o paradoxo da soberania limitada. *Revista Teoria e Sociedade*, v. 1, n. 19.1, 2011.

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden (Org.). A quem interessa o controle de constitucionalidade?: o descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. *Pesquisa Edital MCT/CNPq 14/2010*, Brasília, 2014. Disponível em https://www.academia.edu/7832828/A_quem_interessa_o_controle_concentrado_de_constitucionalidade. Acesso em 17 jan 2015.

DERRIDA, Jacques. Declarations of independence. In: *Negotiations: interventions and interviews, 1971-2001*. Stanford: Stanford University, 2002.

_____. Le siècle et le pardon. *Le Monde des débats*, v. 9, 1999.

_____. O perdão, a verdade, a reconciliação: qual gênero?. In: *Jacques Derrida: pensar a desconstrução*. São Paulo: Estação Liberdade, 2005.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Oxford University Press, 1985.

_____. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *O Império do Direito*. (Trad.) Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fonte, 2003.

ÉBOLI, EVANDRO; LUIZ, Washington. Tumulto na Câmara impede discurso de Bolsonaro em defesa do golpe militar. *O Globo*. Rio de Janeiro, 01 abr 2014. Disponível em <http://oglobo.globo.com/brasil/tumulto-na-camara-impede-discurso-de-bolsonaro-em-defesa-do-golpe-militar-12052632>. Acesso em 05 jan 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Suprema Corte. Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137; 2 L. Ed. 60 (1803), disponível em <http://www.constitution.org/ussc/005-137a.htm>. Acesso em 12 jan 2015.

JEFFERSON, Thomas. *The portable Thomas Jefferson*. Merril D. Peterson (edição). Penguin Books, 1977.

GASPARI, Elio. *As ilusões armadas: a ditadura encurralada*, São Paulo: Companhia da Letras, 2002.

_____. *As ilusões armadas: a ditadura envergonhada*, São Paulo: Companhia da Letras, 2002.

_____. *As ilusões armadas: a ditadura escancarada*, São Paulo: Companhia da Letras, 2002.

GÓIS, Fábio. Projeto de Bolsonaro quer nova comissão da verdade. *Congresso em Foco*. 12 dez 2014. Disponível em <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/projeto-de-bolsonaro-quer-nova-comissao-da-verdade/>, acesso em 10 jan 2015.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição*. Gilmar Ferreira Mendes (Trad.). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. O Estado democrático de Direitos: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In.: *A era das transições*. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 153-173

HIRSCHL, Ran. The political origins of judicial empowerment through constitutionalization: Lessons from four constitutional revolutions. *Law & Social Inquiry*, v. 25, n. 1, p. 91-149, 2000.

_____. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University, 2004.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*, trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf. Acesso em 01 fev 2015.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. *Verdade, Memória e Justiça no Brasil – responsabilidade compartilhadas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LIMA, Rogério de Araújo. Os artigos federalistas: a contribuição de James Madison, Alexander Hamilton e John Jay para o surgimento do Federalismo no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 48 n. 192 out./dez. 2011, p. 125-136. Brasília: Senado Federal, 2011.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MARENCO, André. Devagar se vai ao longe? A transição para a democracia no Brasil em perspectiva comparada. In: MELO, Carlos R.; SÁEZ, Manuel A. (org). *A Democracia Brasileira: balanço e perspectivas para o século 21*. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

MAUS, Ingeborg. “Zur Ideengeschichte der Gewaltenteilung und der Funktionsweise der Justiz. Eine demokratietheretische Perspektive”. (trad. bras.: “Separação dos Poderes e Função Judiciária. Uma Perspectiva Teórico Democrática”). In: Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (orgs). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

_____. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’. In *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, nov 2000, p.183-202.

MELLO FILHO, José Celso de. *Notas sobre o supremo tribunal (império e república)*. 2ª ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania - necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 1 - n. 3. abril-jun 1993, p. 182-206.

MENDONÇA, Ricardo. Maior parte da população quer anular Lei da Anistia, aponta Datafolha. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 31 mar 2014. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/03/1433374-maior-parte-da-populacao-quer-anular-lei-da-anistia-aponta-datafolha.shtml>. Acesso em 05 jan 2015.

MOUFFE, Chantal. *The democratic paradox*. Londres: Verso, 2000.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NOBRE, Marcos. *Imobilismo em movimento: da abertura democrática ao governo Dilma*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

PAES, Taíse Sossai. A influência do processo de escolha dos ministros da suprema corte na judicialização da política: uma análise empírica do procedimento da sabatina dos indicados para o Supremo Tribunal Federal. *Dissertação de Mestrado em Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011, disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/8572>, acesso em 12 jan 2015.

RECONDO, Felipe. STF defende Lei da Anistia após decisão sobre Araguaia. *O Estado de São Paulo*. 15 dez 2010. Disponível em <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,stf-defende-lei-da-anistia-apos-decisao-sobre-araguaia,654094>>. Acesso em 10 jan 2015.

REIS FILHO, Daniel. O governo Lula e a construção da memória do regime civil-militar. In: PINTO, Antônio; MARTINHO, Francisco (org.). *O passado que não passa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 215-233.

ROLLEMBERG, Denise; QUADRAT, Samantha (org.). *A construção social dos regimes autoritários: Brasil e América Latina*. Vol. II, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

ROSENFELD, Michel. A Identidade do Sujeito Constitucional e o Estado Democrático de Direito. In: *Cad. Esc. Legisl.*, Belo Horizonte, v.7, n. 12, p. 11-63, jan./jun.2004.

SIKKINK, Kathryn. The global rise of individual criminal accountability. In: *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability: Comparative and International Perspectives*, Nova Iorque: Cambridge University Press, 2012, p. 26

SIKKINK, Kathryn; WALLING, Carrie Booth. The impact of human rights trials in latin america. In: *Journal of Peace Research*, Los Angeles, London, New Dheli, Singapore, vol.44, n.4, p.427-445, 2007.

SUNSTEIN, Cass. *A constitution of many minds – why the founding document doesn't mean what it ment before*. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

_____. Deliberative trouble? Why groups go to extremes. *Yale Law Journal*, p. 71-119, 2000.

_____. *One case at a time – judicial minimalism in the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

THOMASSEN, Lasse. A bizarre, even opaque practice: Habermas on constitutionalism and democracy. In: THOMASSEN, Lasse; DERRIDA, Jacques; HABERMAS, Jürgen(eds.), *The Derrida-Habermas Reader*, p. 176-194. Edinburgh University Press: 2006, p. 190.

TORELLY, Marcelo D. *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University, 1999.

_____. The Inevitable Globalization of Constitutional Law. *Harvard Public Law Working Paper No. 09-06*, Hague Institute for the Internationalization of Law, 18 dez 2008. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1317766>, acesso em 07 jan 2015.

VERISSIMO, Marcos P. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial "à brasileira". *Revista Direito GV*, v. 4, p. 407-440, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: *Revista Direito GV*, São Paulo, jul-dez 2008.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo, Martins Fontes, 2003.

_____. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University, 1999.

_____. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, p. 1347-1406, 2006.

WEHLING, Arno. Fundamentos e virtualidades da epistemologia da história: algumas questões. *Revista Estudos Históricos*. Rio de Janeiro: vol. 5, n. 10. 1992, p. 147-169