

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO, ESTADO E CONSTITUIÇÃO**

**JUSTIÇA TRANSICIONAL E ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO:
PERSPECTIVA TEÓRICO-COMPARATIVA E ANÁLISE DO CASO
BRASILEIRO**

MARCELO D. TORELLY

Brasília, novembro de 2010

MARCELO D. TORELLY

**JUSTIÇA TRANSICIONAL E ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO:
PERSPECTIVA TEÓRICO-COMPARATIVA E ANÁLISE DO CASO
BRASILEIRO**

Dissertação submetida à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, Estado e Constituição.

Orientadora: Professora Doutora Eneá de Stutz e Almeida.

Co-Orientador: Professor Doutor Menelick de Carvalho Netto

Brasília, novembro de 2010

MARCELO D. TORELLY

**JUSTIÇA TRANSICIONAL E ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO:
PERSPECTIVA TEÓRICO-COMPARATIVA E ANÁLISE DO CASO
BRASILEIRO**

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito, Estado e Constituição e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília.

Brasília, 13 de dezembro de 2010.

Banca examinadora:

Presidente: Professora Doutora Eneá de Stutz e Almeida (Universidade de Brasília)

Membro: Professor Doutor Menelick de Carvalho Netto (Universidade de Brasília)

Membro: Professor Doutor Anthony W. Pereira (King's College - Londres)

À memória de Annita.

RESUMO

Esta pesquisa pretende formular uma teoria abrangente da justiça de transição desde uma abordagem constitucionalista para então descrever e analisar o modelo constituído pela justiça de transição brasileira. Para tanto, o estudo divide-se em duas partes: a primeira parte analisa a literatura sobre os processos de democratização, com especial ênfase nos casos espanhol e da América Latina das décadas de 1970 e 1980 e, valendo-se do conceito de “ondas de democratização”, foca-se nas transições por transformação da terceira onda. Esse tipo de transição caracteriza-se pelo controle do regime sobre o processo e pelo frequente uso de dois mecanismos antes ou durante a democratização: anistias e eleições. Além desta revisão da literatura, a primeira metade do estudo também descreve a genealogia do conceito de justiça de transição e o conecta com a abordagem constitucionalista como forma de obter um conceito substancial de “Estado de Direito” que possa ser aplicado prospectiva mas também retrospectivamente nos processos transicionais. A segunda parte do estudo aplica a teoria formulada na primeira parte ao caso da transição brasileira no intuito de construir um “modelo transicional brasileiro”. Inicia apresentando o modo como o regime militar conduziu a transição “lenta, segura e gradual” introduzindo uma anistia em 1979 e promovendo eleições que gradualmente tornaram-se mais justas, para então analisar o papel da sociedade civil no processo de democratização, dividindo o processo em três períodos temporais: 1970-79; 1980-88; 1980 até os dias atuais. Após esta ampla contextualização foca-se na aplicação das quatro dimensões principais da justiça de transição no Brasil: reformas institucionais; memória e verdade; reparação e; justiça e devido processo. Nesta última seção sobre a dimensão da justiça, analisa e critica a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a extensão da lei de anistia de 1979 e apresenta o “modelo transicional brasileiro”, caracterizado pela assunção da responsabilidade estatal pelos crimes do regime militar e com as políticas transicionais estruturadas desde o eixo-condutor da reparação, que desenvolve-se fortemente no final da década 1990 e na década de 2000, gradualmente abrindo espaço para o surgimento de políticas de memória e verdade e para a renovação da demanda por justiça, naquilo que foi definido como um processo de “justiça tardia”.

Palavras-Chave: 1. Justiça de Transição; 2. Constitucionalismo; 3. Democratização; 4. Brasil; 5. Estado de Direito; 6. Teoria do Direito Transicional.

ABSTRACT

This investigation aims at formulating a comprehensive transitional justice theory under a constitutional approach in order to describe and analyze the Brazilian transitional justice model. In order to do so, it is divided in two parts: The first part analyzes the literature about democratization, with emphasis given to the Spanish and Latin American cases of the 1970's and 1980's, and using the concept of "waves of democratization", it focuses on transition through transformation that occurred during the third wave. This type of transition is mainly characterized by the regime's control over the process and it frequently uses two different mechanisms before or during democratization: amnesties and elections. Besides this review over democratization literature, the first half of the study also describes the transitional justice genealogy and interconnects it with the constitutionalist approach in a way to formulate a substantial concept of "rule of law" that might be applied prospectively but also retrospectively during transitional processes. The second part of the study applied the theory formulated in the first part to the Brazilian transitional case, and it aims at describing and analyzing the "Brazilian transitional model". It begins presenting the way the military regime held the "slow, safe and gradual" transition introducing an amnesty law in 1979 while promoting elections that gradually became fairer and fairer. Then, it analyzes the role of the civil society in the democratization process, dividing it in three periods of time: 1970-79; 1980-88 and; 1989 to nowadays. After this broader contextualization, it focuses in the application of the four main transitional justice dimensions in Brazil: institutional reforms; truth and memory; reparations and; justice and due process. In this last section, about the justice dimension, it analyzes and criticizes the Brazilian Supreme Court decision over the 1979's amnesty law extension and it also presents a definition of the "Brazilian transitional model", characterized by the assumption of State responsibility over the past regime crimes and with a transitional justice process mainly guided by the reparatory measures that have had a strong development during the second half of the 1990's and the decade of 2000, gradually opening space to the memory and truth policies and to renewed claims for justice during the so called Brazilian late transitional justice process.

Key-words: 1. Transitional Justice; 2. Constitutionalism; 3. Democratization; 4. Brazil; 5. Rule of Law; 6. Transitional Legal Theory.

AGRADECIMENTOS

A escrita desta dissertação e meu período como acadêmico junto à Universidade de Brasília confundem-se, em certa medida, com o desenvolvimento de minhas atividades profissionais junto ao Ministério da Justiça, mais precisamente na Comissão de Anistia. A pertinência temática entre meu trabalho e meu objeto de estudo permitiu uma maximização recíproca das possibilidades que tanto a Universidade como o Ministério ofereceram a mim. No momento em que escrevo estes agradecimentos, portanto, é impossível não confluírem meus sentimentos sobre a jornada que se aproxima do fim tanto no curso deste mestrado, quando na gestão da Comissão de Anistia do período 2007-2010. Leiam-se, portanto, todos estes agradecimentos em duplicidade.

Primeiramente, tenho três pessoas a quem agradecer por estarem ao meu lado desde os primeiros esboços deste projeto de pesquisa – em verdade, desde antes, estimulando minha candidatura a uma vaga no programa de pós-graduação da Universidade de Brasília, que, a priori, nunca havia sido uma opção preferencial em meus próprios planos – estas pessoas são Paulo Abrão, Roberta Baggio e Márcia Moraes. Definitivamente, sem este estímulo o presente projeto teria se concretizado apenas nos anos seguintes ao final de nossa gestão no Ministério da Justiça.

Na Universidade de Brasília, devo um primeiro e muito especial agradecimento à Menelick de Carvalho Netto, por ter acreditado neste projeto quanto apresentado a uma banca pouco inclinada a aceitá-lo. Também, outro agradecimento especial à Eneá de Stutz e Almeida, por aceitar orientar este trabalho logo quando de sua chegada à esta Universidade, pelo diálogo franco e respeitoso e por me garantir o espaço e a liberdade necessária ao desenvolvimento da pesquisa, sempre esforçando-se conjuntamente comigo para adequar nossos encontros a um contexto de extrema restrição de tempo. Ainda, a todos os professores com quem tive o prazer de estudar. A todos apresentei textos que, após os debatidos, foram incorporados em alguma medida neste trabalho, sendo todos, portanto, colaboradores desta obra. Fica registrado, portanto, o agradecimento a Alejandra Montiel Pascual, Alexandre Bernardino Costa, Argemiro Cardoso Moreira Martins, Cristiano Paixão, Luís Roberto Barroso e Luis Roberto Cardoso de Oliveira. Entre os colegas no programa, sem dúvida alguma meu maior agradecimento é para Aline Sueli de Salles Santos, verdadeira amiga e companheira de jornada, e para Flávia Carlet, com quem convivo e trabalho os tempos da PUCRS, em Porto Alegre.

Ainda entre os agradecimento acadêmicos em Brasília, preciso registrar agradecimento à Universidade Católica de Brasília (UCB), na pessoa do Diretor do Curso de Direito, Melillo Dinis, tanto pela oportunidade e confiança depositada quando de minha contratação como docente, quanto pela compreensão pelas especiais limitações que impõe a conclusão de uma

dissertação em meio a docência e a atuação profissional. Em boa medida, a segunda parte desta dissertação foi escrita na Biblioteca Central da UCB, em Taguatinga-DF, cabendo também um registro de gratidão a todos os que lá trabalham e cooperaram com a localização de obras e documentos e, ainda, com o bom ambiente de estudos.

Nos dois últimos anos, trechos desta pesquisa foram apresentados e debatidos em diferentes eventos no Brasil e exterior, bem como tive a oportunidade de trocar ideias a ele incorporadas com muitos outros pesquisadores e gestores de políticas públicas em visitas a Venezuela, Colômbia, Argentina, Portugal, Espanha, Itália, França, Reino Unido, Irlanda do Norte e Estados Unidos da América, razão pela qual tenho uma longa lista de agradecimentos a registrar aqui. Beneficiei-me de intenso contato com Javier Ciurliza, diretor para as Américas do Centro Internacional para a Justiça de Transição (ICTJ) em Bogotá, e com Eduardo González, do ICTJ em Nova Iorque. Também em Nova Iorque, pude discutir muitos dos elementos que compõe o capítulo quatro deste estudo com Louis Bickford, durante visita à The New School University; pude realizar longa entrevista com Ruti G. Teitel, da New York Law School, que ampliou o uso de sua obra enquanto referencial desta e, ainda, beneficiar-se de uma curta porém rica conversa na Universidade de Oxford com ela e com Naomi Arriaza, da Hastings School of Law da Universidade da Califórnia, que ampliaram minha compreensão sobre a estranheza da assunção de responsabilidade estatal pelos crimes da ditadura no Brasil. A James Green, da Brown University, agradeço por ampliar meu interesse nos movimentos sociais de luta contra a repressão, com seu vasto conhecimento e ímpar receptividade. Na Inglaterra, devo agradecer enormemente à Leigh A. Payne, e também a Timothy Power e Phil Clark, todos da Universidade de Oxford, bem como a Anthony Pereira, do King's College de Londres, pelas inúmeras oportunidades abertas. Na Irlanda do Norte, agradeço à Louise Mallinder, da Universidade de Ulster. As seções deste texto que discutem “memória e verdade” foram enriquecidas em seminário sobre o tema promovido pela Comissão de Anistia do Ministério da Justiça e pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, cabendo agradecimentos portanto à Boaventura de Sousa Santos, Natércia Coimbra e Cecília Macdowell. O mesmo tópico beneficia-se do intercâmbio de ideias com Félix Reatégui, da PUC-Peru e Paloma Aguilar, do Instituto Juan March de Madri, que pude conhecer apenas recentemente, e de seminário realizado na Universidade Carlos III de Madri, onde pude conhecer alguns dos autores utilizados na comparação com o caso Espanhol e, ainda, melhor conhecer as ações governamentais daquele país em agenda conjunta com os Ministros da Justiça do Brasil e Espanha e seus assessores para a área.

No Brasil, registro igualmente gratidão aos participantes do IDEJUST – Grupo de Estudos sobre Internacionalização do Direito e Justiça de Transição – mantido pelo Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo em parceria com a Comissão de Anistia, cujas reuniões em muito ampliaram os referenciais teóricos da pesquisa, com especial ênfase a meus colegas de diretoria no grupo: Deisy Ventura (USP), Paulo Abrão (CA/MJ), Marcelo Cattoni (UFMG), Kátia Kozick (PUCPR), José Carlos Silva Filho (PUCRS) e

Marília Ramos (USP). A participação em diversas atividades com os professor José Ribas Vieira, da PUC-Rio, Jessie Jane, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Roberta Baggio e Alexandre Garrido, da Universidade Federal de Uberlândia, bem como com os Procuradores da República Marlon Weichert e Eugênia Fávero e das representantes do CEJIL no Rio de Janeiro, Beatriz Affonso, e em Washington, Viviana Krsticevic, certamente também beneficiaram o resultado final do projeto. Os comentários de Leslie Bethell, do CPDOC da Fundação Getúlio Vargas-Rio, a texto do qual fui co-autor, igualmente contribuíram para a reformulação de alguns dos argumentos aqui apresentados, bem como todas as contribuições apresentadas – muitas por pessoas que sequer conheço – durante a reunião de Florianópolis do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI).

Se todas estas pessoas tornaram este trabalho, em algum medida, melhor, cabe agora o agradecimento a todas aquelas pessoas que tornaram a minha vida melhor ao longo destes últimos anos. Meus amigos e colegas de trabalho em Brasília, Tatiana Tannús, Flávia Carlet, Kelen Meregali, Daniela Frantz, Marleide Rocha, Edson Pistori, Lívia Gimenes, Rodrigo Gonçalves, Vanda Davi, Muller Borges, Roberta Alvarenga, José Ricardo Fonseca, Débora Cruz, Mariana Levy, Maurício Correali, Márcio Cambraia, Robertos Reis, Jules Oliveira, Gabriel Petrus, bem como todos os conselheiros da Comissão de Anistia, que faço representados nas pessoas dos Vice-Presidentes Sueli Bellato e Egmar de Oliveira. Meus amigos do movimento estudantil (em suas mais variadas formas), Carolina Vestena, Fernando Maldonado, Mariana Medeiros, Fábio Floriano (a quem cabe também um agradecimento a mais, por sempre revisar minhas traduções), Isabel Nunes, Alberto Kopittke e Marcelo Cafrune. Ainda, meus amigos já quase “de infância” Augusto Corte, Marina Polidoro, Ramón Tisott, Camila Cornutti, Priscila Borges, Nicole Nissola, Alice Resadori, Marcos Conte e Iagê Miola.

Ao Paulo Abrão, que já referi ao início, ainda tenho muito mais o que agradecer: pela confiança em mim depositada na coordenação de programas da Comissão de Anistia, pelo apoio na compatibilização entre atividades de ensino, docência, e, ainda, profissionais, pela confiança no projeto da “Revista Anistia”, por todos os trabalhos de pesquisa empreendidos em conjunto, muitos dos quais emprestam ideias ao texto que presentemente defendo. Sem esse decisivo apoio, e, muito especialmente, sem essa amizade generosa, certamente este trabalho hoje não existiria.

Finalmente, nada disso teria sido possível sem o apoio – desde sempre – de minha família, especialmente de meus pais, Jayme e Leonice Torelly, e minha irmã Denise. Dedico este trabalho à memória de minha avó Annita, por sempre ter acreditado que eu seria capaz de fazer tudo que eu quisesse, e me apoiado para tanto. Quisera eu um dia significar para outrem o que estas pessoas significam para mim.

ABREVIATURAS E SIGLAS

ABIN - Agência Brasileira de Inteligência

ADCT - Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República de 1988

ADPF - Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

AGU - Advocacia-Geral da União

AI - Ato Institucional

CA - Comissão de Anistia

CEJIL - Centro para a Justiça e os Direitos Humanos (*Center for Justice and International Law*)

CEMDP - Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos

CENIMAR - Centro de Informações da Marinha

CIE - Centro de Informações do Exército

CISA - Centro de Informações e Segurança da Aeronáutica

CNBB - Conferência Nacional dos Bispos do Brasil

CONASP - Conselho Nacional de Segurança Pública

CRFB ou 'CR' - Constituição da República Federativa do Brasil

DOI-CODI - Destacamento de Operações de Informações - Centro de Operações de Defesa Interna

DPU - Defensoria Pública da União

EC - Emenda Constitucional

FHC - Fernando Henrique Cardoso

ICTJ - Centro Internacional para a Justiça Transicional (*International Center for Transitional Justice*)

INSS - Instituto Nacional de Seguridade Social

MD - Ministério da Defesa

MDB - Movimento Democrático Brasileiro

MERCOSUL - Mercado Comum do Sul

MJ - Ministério da Justiça

MP - Ministério Público

MPF - Ministério Público Federal

MPOG - Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

OAB - Ordem dos Advogados do Brasil

PC - Partido Comunista

PCdoB - Partido Comunista do Brasil

PF - Polícia Federal

PGR - Procuradoria-Geral da República

PL - Projeto de Lei

PMPC - Prestação Mensal, Permanente e Continuada

PNDN-3 - Terceiro Programa Nacional de Direitos Humanos

PT - Partido dos Trabalhadores

PU - Prestação Única

RENAESP - Rede Nacional de Altos Estudos em Segurança Pública

SDH - Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República

SEDH - Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República

SIAFI - Sistema Integrado de Informação Financeira do Governo Federal

SNI - Serviço Nacional de Informações

STF - Supremo Tribunal Federal

LISTA DE QUADROS

- QUADRO 01:** Regime Autoritário-Justiça Transicional/Engódeno-Exógeno 36
- QUADRO 02:** Características da legalidade autoritária no Brasil, Chile e Argentina 99
- QUADRO 03:** Comparação de resultados da Justiça Transicional: Brasil, Chile e Argentina 101
- QUADRO 04:** Anistia do Governo *versus* Anistia do Povo 164
- QUADRO 05:** Medida de tendência central das variáveis dependentes e independentes no cenário eleitoral latino americano (1982-1995) 175
- QUADRO 06:** Medidas legais de reparação no Brasil 216
- QUADRO 07:** Medidas e Políticas Públicas de Reparação individual e coletiva do Governo Lula (2003-2010) 220
- QUADRO 08:** Desenho institucional da Comissão da Verdade brasileira (PL n.º 7.376/2010) 263

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 16

PARTE 1- TRANSIÇÕES PARA A DEMOCRACIA E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO 24

1. ELEMENTOS CENTRAIS PARA O ESTUDO DAS TRANSIÇÕES 25

1.1. Pressupostos mínimos para um estudo sobre as transições políticas: distinção de leituras do Direito e da Política 26

1.2. A natureza dos regimes repressivos: classificação semântico-valorativa e de tipo de regime e suas influências na aplicação jurídica de medidas transicionais 32

1.2.1. Classificações semântico-valorativas dos regimes autoritários 33

1.2.2. Tipos de regime e formas de transição 45

1.3. Procedimentos político-jurídicos para as aberturas democráticas na terceira onda 53

1.3.1. Definindo a terceira onda (localizando o modelo transicional brasileiro) 53

1.3.2. Eleições como mecanismos transicionais 58

1.3.3. As anistias como mecanismos transicionais 64

1.4. O fim dos processos de transição: o que é uma “democracia consolidada”? 71

2. A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO COMO CAMINHO PARA O ESTADO DE DIREITO 79

2.1. Conceituando “Justiça de Transição” historicamente 82

2.2. O problema das classificações não-substanciais: Justiça Legal e Justiça Política na criação e aplicação de mecanismos transicionais 90

2.3. Superando a separação estrita entre justiça legal e justiça política: para uma concepção substancial de Estado de Direito numa democracia constitucional 103

2.4. O Estado de Direito no contexto da transição: transitional rule of law 111

2.5. Os efeitos retrospectivos do Estado de Direito e releitura histórica dos fundamentos do Direito e da Constituição – uma aproximação com o caso espanhol 120

PARTE 2 - DEMOCRATIZAÇÃO E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL 136

3. A REDEMOCRATIZAÇÃO E OS OBSTÁCULOS PARA A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL 137

3.1. Democratização e Justiça: estabelecendo distinções e refutando oposições teóricas à efetivação das dimensões da justiça transicional no Brasil 138

3.2. A “natureza” do regime e a transição sob controle 147

3.3. Entre o perdão e a impunidade: o paradoxo da vitória de todos na anistia brasileira 157

3.4. Eleições e democratização vertical 171

3.5. Luta pela anistia e movimentos sociais pós-1988 - o ocaso de um movimento 182

4. DECIFRANDO O MODELO TRANSICIONAL BRASILEIRO 191

4.1. Em busca do Estado de Direito: a reforma das instituições como fator autônomo à justiça de transição no Brasil 193

4.2. O eixo-estruturante: as políticas de reparação e a reconciliação social com o Estado 205

4.2.1. Conformação histórico-normativa do processo reparatório 205

4.2.2. O programa brasileiro de reparações e sua abrangência 212

4.2.3. Assimetrias do processo reparatório brasileiro 221

4.2.4. O processo reparatório como eixo estruturante-condutor da Justiça de Transição no Brasil 231

4.3. As voltas com o paradoxo da vitória de todos: memória, verdade, ficção e esquecimento 235

4.3.1. Conceituando “direito à memória” e “direito à verdade” para fins concretos 237

4.3.2. Conteúdo normativo e meios políticos de efetivação 242

4.3.3. Diagnóstico sobre a memória política e a confiança social nas instituições brasileiras 253

4.3.4. Medidas de efetivação do direito à memória e à verdade no Brasil 256

4.3.5. Conclusões e prognósticos 264

4.4. Justiça impossível: a lei de anistia e as limitações pré-constitucionais ao Estado Constitucional de Direito 267

4.4.1. O Poder Judiciário e as cortes constitucionais nas transições políticas 268

4.4.2. A Lei de Anistia de 1979 e o STF: o pleito por uma interpretação conforme a Constituição 277

4.4.3. Conexão criminal e bilateralidade da lei de anistia de 1979 282

4.4.4. A recepção pela Constituição da lei de anistia e a continuidade material entre o ordenamento militar e o democrático 295

4.4.5. Temporalidade, separação de poderes e negativa de jurisdição 307

4.4.6. A decisão do STF sobre a lei de anistia: entre conservadorismo e reacionarismo 313

4.5. O Estado criminoso e a responsabilização abstrata: o modelo transicional brasileiro 322

CONSIDERAÇÕES FINAIS 329

REFERÊNCIAS 337

INTRODUÇÃO

Nos últimos 30 anos desenvolveu-se extensa literatura sobre as transições políticas para a democracia. Notadamente, esta literatura concentrou-se em estudos da ciência política e da sociologia, o que possibilitou o surgimento de um verdadeiro campo de estudos. Com o passar dos anos, muitas das questões pesquisadas sobre os processos de democratização foram judicializadas e submetidas aos tribunais, tanto nacionais quanto internacionais, ensejando a produção de uma farta jurisprudência e deslocando parte do campo de estudo “das democratizações” para a “justiça de transição”. Se as primeiras referências da existência de uma justiça de transição em aspeção moderna (uma vez que autores como Elster debatem a justiça transicional ainda na época clássica) remontam aos julgamentos dos líderes nazistas no pós-guerra, a própria conceituação de justiça transicional só viria a se definir durante a década de 1990. Desde então, a abrangência temática do campo de estudo multiplicou-se. Não mais restrita aos processos institucionais para a criação de democracias, mas sim a todo o conjunto de ações, sociais e estatais, dos mais diversos atores, para lidar com o passado autoritário e procurar fundar melhores perspectivas para o futuro.

O desenvolvimento do campo, especialmente por parte das ciências sociais, permitiu o surgimento de teorias concorrentes, variadas hipóteses foram confrontadas em estudos teóricos e empíricos, e, sobremaneira, pulularam classificações e, num processo continuado, novas hipóteses e teorias. Inobstante, a formulação destes mesmos temas pela teoria do direito restou relegada a um segundo plano. Da farta bibliografia hoje disponível sobre o tema em diversas línguas, são notáveis as exceções a trabalharem o olhar do direito e da teoria jurídica. Mesmo questões aparentemente mais simples, como a classificação das dimensões da justiça transicional em obrigações jurídicas, foram pouco exploradas desde a perspectiva teórica, com uma farta preponderância, neste tópico específico, de estudos sobre a jurisprudência produzida entorno das questões transicionais em detrimento a fundamentação da própria razão de ser destas jurisprudências. Desta feita, no Direito, e ainda mais especialmente no Brasil, os

estudos sobre o tema tendem a reproduzir tautologias dogmáticas importadas da manualística produzida para o direito “dos tempos ordinários” ou, ainda, fundamentarem tópicos específicos, sem coordenar numa teoria abrangente o conjunto de hipóteses que o campo da justiça transicional demanda de forma global à teoria do direito.

Considerando este cenário, na primeira parte deste estudo procuro estabelecer aproximações entre as ditas “teorias da democratização” e as abordagens da “justiça de transição” com o campo da filosofia e da teoria do direito, mais notadamente desde uma abordagem específica e coordenadora de tais dimensões, qual seja: *a teoria constitucionalista*. Procedendo desta forma pretendo oferecer alguma contribuição a formulação de uma teoria abrangente quanto aos fundamentos da justiça de transição num estado constitucional de direito, trabalhando com a hipótese da existência de raízes comuns entre a temática da justiça de transição e a insurgência do chamado “neoconstitucionalismo”.

Esta aproximação entre os três campos de estudo possui algumas implicações relevantes. Primeiramente, importa em separar de modo mais ou menos estanque aquilo que dirá respeito aos processos de democratização e aos processos de justiça. A alusão genérica ao termo “democratização” diz respeito, grosso modo, aos processos pelos quais um Estado migra de um regime não-democrático para um regime democrático. Desde esse olhar, não existem preocupações específicas com a questão da justiça. O conceito variável nestes estudos é o próprio conceito de “democracia”, mormente associado a ideia de “processo eleitoral justo e efetivo”, de tal feita que os estudos sobre democratização tendem a centrarem-se em macro-processos, relativamente impessoais, de reformas do sistema político. Focam-se, em última análise, muito mais no *ser* do que no *dever ser*.

De outro lado, os estudos sobre “justiça de transição” são, em regra, muito mais prescritivos. Ao acionar a ideia-força “justiça”, tal concepção vincula-se a um conceito de bem, diferentemente do que ocorre com o campo de estudo anterior, cujo bem é, em si, a democracia. Na justiça de transição objetiva-se a satisfação material de necessidades de justiça que dizem respeito tanto a sujeitos individuais quanto a sujeitos coletivos, problematizando fortemente o campo, que acaba por absorver o debate sobre “o que é a justiça” que a filosofia política e do direito ententam resolver a séculos. Assim, a perspectiva

da justiça transicional foca-se no *dever ser* dos processos transicionais e, portanto, nos direitos dele decorrente.

Justamente por isso boa parte das aproximações jurídicas à justiça de transição acabam por soçobrar, na medida em que, sem definir uma teoria do direito ou da justiça que orientem esta ideia de dever ser e que permita dar alguma unidade aos termos do debate, as pretensões de “justiça” acabam remetendo-se diretamente a pretensões políticas que podem ou não ter implicações jurídicas, levando os teóricos do direito a questionarem, justamente, o que se espera desta forma de justiça e, ainda mais, se existe efetivamente uma distinção entre a justiça dos tempos ordinários e a dita justiça “de transição”. De um lado, sem responder a esta pergunta sobre a peculiaridade da justiça no momento da transição política, resta sem sentido a própria busca por tal classe de justiça, de outro, é fácil verificar como muitas teorias abrangentes da justiça, especialmente as idealistas, acabam tornando-se incapazes de fornecer subsídios para a ação no momento da tomada de decisões sobre políticas transicionais.

O que se quer aqui afirmar não é a inexistência de formulações de fundamentos nas teorias sobre a justiça de transição, mas sim sua não-comunicação com as teorias que, grosso modo, conduzem os raciocínios de fundamentação jurídica nos debates hodiernos sobre o que é e para que serve o direito. O exemplo do “direito à memória e à verdade” é aqui ilustrativo. Boa parte da polêmica sobre a existência deste direito no plano normativo diz respeito a uma grande confusão de termos oriunda da ausência de uma teoria abrangente que permita perspectivar as diferentes formulações tidas (especialmente nas ciências sociais) sobre tal fenômeno, restando à jurisprudência – por essência pouco sistemática – a tarefa de encontrar conexões entre estes direitos e outros, cujo reconhecimento e fundamentação resem mais sólidos, como forma de suprir tal ausência de uma esperada fundamentação “auto-evidente”.

Nesse sentido pretendo, com a adoção da perspectiva do constitucionalismo, mitigar em parte esta carência. A ideia de uma ordenação constitucional fundada na tensão entre *democracia* e *direitos fundamentais* que orienta tal concepção do direito permite, a um só tempo, (i) fundamentar um conceito razoavelmente substantivo de “estado de direito”; (ii) religar as noções de direito e justiça substancialmente e, ainda; (iii) tornar o conceito de justiça produzido pela teoria aplicável a situações concretas pelos operadores do direito e gestores de políticas públicas. Entendendo o Estado de Direito como aquela unidade política

onde a democracia é limitada apenas e tão somente pelos direitos fundamentais, encontra-se uma base material para a obtenção de critérios de justiça a serem aplicados na transição e, ainda, gera-se subsídio para que estas demandas possam ser melhor enfrentadas pelos tribunais, uma vez que a teoria constitucionalista, diferentemente de outras teorias mais abstratas, dialoga diretamente com a prática do controle de constitucionalidade.

A tarefa de construir uma teoria abrangente da justiça de transição que dialogue com o ideário constitucionalista será, portanto, o objetivo da primeira parte deste estudo. Em tal tarefa, inobstante, pretende-se não desperdiçar aquilo que o trabalho dos politólogos logrou avançar nos últimos anos, razão pela qual o estudo gradualmente migrará do tema das transições políticas em geral para aquelas que Huntington definiu como as transições da “terceira onda” e, ainda, mais especificamente, para as transições por transformação da terceira onda. Esse esforço objetiva tornar o exercício teórico mais profícuo para aquilo que será empreendido na segunda parte do estudo: a análise do caso brasileiro.

Ao estreitar o foco nas transições por transformação da terceira onda o estudo move-se no sentido de construir contribuições específicas da teoria do direito para o debate sobre a consolidação do Estado de Direito em estados onde os regimes opressores migraram para regimes democráticos sem solução de continuidade, majoritariamente mediante a inserção no sistema político de dois mecanismos transicionais de extrema relevância: as eleições e os processos de anistia. Esses mecanismos são analisados no primeiro capítulo do estudo, onde igualmente é procedida a análise do tipo de formulação retórica que estes mesmos regimes promovem com vistas a construção de sistemas simbólicos que perpetuem e garantam estabilidade das transições no tempo sem um mais amplo questionamento democrático sobre o passado. O segundo capítulo do estudo, retoma a genealogia da justiça transicional e a aproximação desta com as teorias constitucionalista, com especial atenção ao confronto entre concepções *materiais* ou *substancias* e concepções *formais* do Direito, que terão amplo impacto posteriormente na avaliação e produção de estratégias de enfrentamento ao legado autoritário.

Tudo isso permitirá formular uma teoria abrangente da justiça de transição sinérgica com a necessidade de estruturação de um estado constitucional de direito e, mais especialmente, que passe a separar o processo transicional em dois diferentes momentos:

primeiramente, o momento em si da transição, entendido enquanto momento de *contingência da justiça*, onde esta pode ser sacrificada pela própria estratégia democratizante e; em segundo lugar, o momento da *substancialização do processo democrático em um processo constitucional*, com a justiça de transição operando como mecanismo de efetivação da proteção às garantias fundamentais.

Essa separação entre *contingência* e *substancialização*, que ilustra o movimento de “preenchimento” de conceitos *formais* com conteúdos *materiais*, permite jogar luz sobre um dos maiores problemas no tipo de transição que o estudo prioriza investigar: *nas transições por transformação os regimes procuram estabelecer continuidades entre o estado de exceção e democracia, continuidades estas que podem ou não ser compatíveis com a perspectiva do estado de direito*. A assunção de uma visão substancial do que seja o Estado de Direito permite, neste sentido, elaborar critérios de verificação de compatibilidade que não apenas orientam a ação política dos governantes como, igualmente, subsidiam a tomada de posição sobre o passado pelos tribunais, na medida em que se estabelece um sentido *prospectivo* do que seja o Estado de Direito, mas igualmente um sentido *restitutivo*, ou *retrospectivo*, que permite à democracia não apenas “olhar para frente”, mas também enfrentar seu passado de forma justa.

Constituída esta base teórica que fundamenta o estudo e lhe dá diretrizes, passa-se a análise concreta do caso brasileiro, que toma lugar na parte dois do trabalho. Nesta seção será escrutinada, em concreto, a aplicação dos mecanismos típicos das transições por transformação da terceira onda no Brasil e, mais especificamente, os direitos da transição que insurgem tanto das situações fáticas produzidas por estes mecanismos quanto da nova dinâmica da unidade estatal sob a égide de um democracia constitucional. O objetivo central desta segunda parte do estudo é, desde a aplicação prática do modelo teórico produzido, identificar elementos que permitam construir um “modelo” representativo da justiça transicional brasileira. Tal modelo, para que seja funcional, deverá a um só tempo oferecer respostas coerentes para os caracteres da transição brasileira alinhados com os demais de seu tipo e, ainda, explorar as peculiaridades do caso concreto, naquilo que ele divergir do conjunto.

É assim que, no terceiro capítulo do estudo, busca-se apresentar o cenário da democratização brasileira avaliando, primeiramente, a própria “natureza” do regime e o modo como este organizou a transição “lenta, segura e gradual” à democracia. É graças ao modo como o regime organizou a perseguição a seus oponentes e como organizou a abertura, que se formará um tipo de semântica que, mesmo após a transição, funcionará enquanto mecanismo simbólico de controle do desenvolvimento da justiça transicional, incidindo diretamente na posterior classificação factual dos eventos do passado antes de seu enquadramento jurídico propriamente dito.

Ainda neste capítulo, analiso o modo de aplicação dos dois mecanismos mais comumente adotados durante a terceira onda (anistias e eleições), e também alguns elementos eminentemente característicos do processo brasileiro, como a mobilização social pela anistia durante a década de 1970, a transformação desta pauta em outra, qual seja, a da redemocratização e, finalmente, o desaguar deste processo na constituinte e a posterior fragmentação deste movimento social. Como forma de estruturar estas análises procuro construir algumas figuras imagéticas que representem elementos-chave do processo transicional, tal qual a existência de um “paradoxo da vitória de todos”, oriundo do problemático processo de aprovação da lei de anistia de 1979, que atingiu de modo mais ou menos satisfatório os objetivos imediatos tanto do regime (que entendia distender-se) quanto da oposição (que clamava por liberdade aos presos políticos); a ideia de “democratização vertical”, com a indução da participação social desde processos eleitorais; o acionamento dos mecanismos simbólicos produzidos pelo regime para mobilização de um “senso comum autoritário” que estigmatiza os insurgentes contra o regime, vinculando-os a categorias jurídicas genéricas e de factualidade duvidosa, tais qual a de “terrorista”, com posterior impacto nas formações mais amplas de percepções sociais sobre o passado.

Desta feita, procuro articular, em concreto, como os processos que ganharam concretude fática e incidiram diretamente na conformação do modelo de democratização durante o momento de *contingência da justiça*, posteriormente, influenciarão positiva ou negativamente o processo de *substancialização do Estado de Direito*. Como sói de ser evidente, tal escopo só pode ser obtido num estudo deste formato mediante o estabelecimento de um recorte de análise, razão pela qual o quarto capítulo do estudo foca-se especificamente

na análise do estado de efetivação das quatro dimensões da justiça transicional: reforma das instituições; memória e verdade; reparação e; justiça e devido processo.

Dentro deste derradeiro capítulo do estudo, dou especial atenção a decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153/2008, onde a Ordem dos Advogados do Brasil requer a mais alta corte da República que manifeste-se, justamente, sobre a interpretação dada pelo Estado de Direito à suposta extensão da anistia de 1979 aos agentes do regime que praticaram atos bárbaros, como a tortura, classificáveis enquanto violações de lesa-humanidade. Esse destaque é conferido por duas razões: primeiramente, por tratar-se de caso concreto onde a corte constitucional exerce controle de constitucionalidade no Estado de Direito, permitindo verificar como, em concreto, são acionadas as figuras que imagetivamente representei acima, nos discursos de elaboração de justificativas jurídicas para lidar com as continuidades e discontinuidades entre ditadura e democracia. Em segundo lugar, pois a tese adotada pelo Supremo Tribunal Federal é, desde a perspectiva deste estudo, bastante equivocada, coisa que entendo demonstrar em dois planos, de um lado apontando as contradições daquela tese com esta, mas, sobremaneira, de outro, apontando as contradições da própria tese consigo e com um escopo mais amplo de teorias – especialmente constitucionais – utilizadas pelos ministros em suas fundamentações.

Assim, se a primeira parte do estudo objetiva a formulação de uma teoria abrangente de conexão entre justiça de transição e constitucionalismo, a segunda entenda descrever e analisar, com razoável profundidade, as quatro dimensões centrais da justiça transicional brasileira. Dado este formato, tenho a primeira parte do estudo constitui exercício teórico relativamente autônomo, enquanto a segunda, por sua vez, necessariamente vincula-se a primeira, por assumir plenamente a teoria ali formulada, inclusive naquilo em que diverge explicitamente de outras formulações apresentadas durante o texto. Por tal motivo, evite repetir na segunda parte argumentos postos na primeira, tomando o cuidado de sempre aludir ao longo do texto da segunda parte os itens presentes na primeira que fundamentam as leituras que empreendo.

Finalmente, é importante apresentar nesta introdução uma última consideração, sobre o “local de fala” do autor da pesquisa. Como ficará claro logo no início do estudo, filio-me a defesa de pelo menos duas pautas que transbordam da formulação teórica para a prática

político-social: os direitos humanos e o consitucionalismo. Isso será fartamente ilustrado e expresso em diversas oportunidades, mas por uma questão de honestidade intelectual reputo importante, ainda no intróito da pesquisa, consignar tal posição. Entendo, diferentemente de outros, que explicitar estas vinculações é duplamente positivo: primeiramente, por não procurar representar uma falsa neutralidade do estudo, que efetivamente posiciona-se diante de questões concretas como as violações a direitos humanos ou a denegação de proteção as garantias fundamentais; em segundo, para facilitar ao leitor a formulação de juízos sobre a objetividade e acerto das teses apresentadas, uma vez que assumir a vinculação a elas não significa uma evasão da necessidade de, em cada momento, fundamentar a defesa das mesmas. Entendo que tanto os valores contidos na ideia de “direitos humanos” quanto na ideia de “constitucionalismo” são valores incitos ao próprio sistema de direito brasileiro, razão pela qual sua defesa apenas vem a fortalecer uma cultura política democrática e republicana, como entendo a seguir demonstrar.

PARTE 1- TRANSIÇÕES PARA A DEMOCRACIA E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

1. ELEMENTOS CENTRAIS PARA O ESTUDO DAS TRANSIÇÕES

Este capítulo analisa os principais debates presentes na bibliografia sobre a transição para a democracia, especialmente aqueles egressos da ciência política, onde as principais variáveis em questão são a estabilidade institucional durante o fluxo político e a instalação de um regime de governo ancorado em um processo eleitoral minimamente legítimo. Tal análise tem dois objetivos centrais, um basicamente descritivo, refere-se a identificar as principais classificações utilizadas para se referir aos regimes não democráticos, com duas abordagens específica: de um lado verificar como a ciência percebe a relação entre tipo de regime autoritário e tipo de transição (ou seja, qual a importância “científica” da classificação) e, de outro, como a construção de um discurso social sobre o regime afeta a transição, coisa que será relevantíssima para entender o caso brasileiro na segunda parte do estudo. Ainda no plano descritivo, procura-se refletir brevemente sobre os principais mecanismos nos quais as nações se apoiam para transitar de um regime não-democrático para um regime democrático, focando-se o estudo especialmente em um conjunto específico de nações, notadamente aquelas que experimentaram uma transição por transformação durante aquilo que Huntington definiu como a terceira onda de democratizações, cujos maiores exemplos são Brasil e Espanha, conforme se verá no decorrer desta primeira parte da pesquisa.

O segundo objetivo é, por sua vez, analítico, e foca-se em verificar como o Direito se relaciona com estas classificações e mecanismos em uma dupla dimensionalidade, primeiro no que se refere a legitimidade dos processos – quer seja essa legitimidade procedimental, quer seja substantiva – e, em segundo lugar, como o direito regula esses mecanismos. Resumidamente, a analítica foca-se em compreender como o direito vê os processos transicionais enquanto meios de obtenção de dois fins básicos: a estabilidade institucional e o estabelecimento de uma democracia eleitoral. Promove-se, nesse sentido, a crítica ao conceito de “democracia consolidada”, corrente na bibliografia e que encobre uma enormidade de

défices políticos, jurídicos e, conseqüentemente, democráticos do processo. Tudo isso abre caminho para que, no capítulo seguinte, possa-se formular um conceito ímpar de justiça, focado na realidade específica dos momentos transicionais, e que relaciona-se com um propósito afirmativo do Estado de Direito desde uma perspectiva constitucional e substantiva.

1.1. Pressupostos mínimos para um estudo sobre as transições políticas: distinção de leituras do Direito e da Política

O século XX caracterizou-se por uma intensa polarização entre campos e visões políticas distintos, tendo sido o momento histórico em que novas práticas e ideologias conduziram a uma série de inovações no campo de estudos teórico definido como “das formas de governo”. Toda a teoria sobre uma forma de governo, conforme já asseverava Norberto Bobbio, contém minimamente, em seu bojo uma dimensão descritiva e outra prescritiva (BOBBIO, 1997: p.32), o é assim pelo menos desde a divisão clássica de Aristóteles, em que o governo descrito como *de um homem só* poderia ser uma monarquia ou uma tirania, o descrito como *de um grupo*, uma aristocracia ou uma oligarquia, e o descrito como *de muitos*, uma democracia ou uma oclocracia (ARISTÓTELES, 1998). A classificação descritiva é certamente mais objetiva que a prescritiva, uma vez que esta segunda liga-se a um conjunto de valores que procuram ganhar substância através de uma construção argumentativa que defina o que é bom ou mal, sendo suas constatações sempre mediadas por um juízo de valor.

As teorias modernas sobre as formas de governo não chegaram a romper com o ideal clássico, e, mais ainda, seguiram valendo-se da ideia de “liberdade” como um dos pilares prescritivos da fundamentação das teorias políticas “boas” ensejando uma distinção bastante evidente entre os *governos dos livres*, que são os *bons*, e os *governos dos oprimidos*, que são os *maus* (ou *ruins*). Desta forma, o conceito de liberdade em si foi causa de disputas durante todo o século, marcado pela anteposição de duas macrovisões: uma focada na liberdade enquanto autonomia, outra na liberdade enquanto igualdade¹. A maior novidade, entretanto, não surge entorno das disputas pelo conceito de liberdade, mas sim da construção de um modelo muito específico de dominação. Conforme nos aponta Hannah Arendt, foi a inserção de uma nova categoria no esquema clássico, o totalitarismo, que alterou drasticamente o panorama de entendimento do mundo no século passado:

¹ Para um ampla elaboração sobre o tema, confira-se: BERLIN: 2002, pp. 226-272.

“[...] o totalitarismo difere essencialmente de outras formas de opressão política que conhecemos, como o despotismo, a tirania e a ditadura. Sempre que galgou o poder, o totalitarismo criou instituições políticas inteiramente novas e destruiu tradições sociais, legais e políticas do país. Independentemente da tradição especificamente nacional ou da fonte espiritual particular de sua ideologia, o governo totalitário sempre transformou as classes em massas, substituiu o sistema partidário não por ditaduras unipartidárias, mas por movimento de massa, transferiu o centro do poder do Exército para a polícia e estabeleceu uma política exterior que visava abertamente ao domínio mundial. Os governos totalitários do nosso tempo evoluíram a partir de sistemas unipartidários; sempre que estes se tornaram realmente totalitários, passaram a operar segundo um sistema de valores tão radicalmente diferente de todos os outros que nenhuma das nossas tradicionais categorias utilitárias – legais, morais, lógicas ou de bom senso – podia nos ajudar a aceitar, julgar ou prever o seu curso de ação.” (ARENDDT, 1989: p. 512)

Considerando essas características, a chegada ao fim de um regime totalitário e o restabelecimento de alguma modalidade de regime não-totalitário (mesmo que igualmente não-democrático) implica na necessidade de recomposição substancial daquelas esferas de integração e regulação social destruídas pelo totalitarismo. Numa sociedade onde direito, moral, lógica e bom senso (para seguir a alusão supra referida de Arendt) foram desconfigurados e deixaram de servir como orientadores da ação, são demandadas amplas medidas jurídicas e sócio-políticas para que as instituições possam voltar a operar com um referencial minimamente orientado em valores compartilháveis.

A ideia de uma “justiça de transição” (que será desenvolvida no próximo capítulo) surge justamente neste contexto, sendo comum afirmar-se que “*As origens da moderna justiça de transição podem ser encontradas já na Primeira Guerra Mundial. De toda forma, a justiça transicional passa a ser entendida como extraordinária e internacional no período do pós-guerra, após 1945*” (TEITEL, 2003, p.70 - tradução livre²), uma vez que é a superação do primeiro sistema de governo de matriz totalitária – o nazismo – que dá início a um processo abrangente de aplicação de medidas de transição que buscam reconstruir a

² “The origins of modern transitional justice can be traced to World War I. However, transitional justice becomes understood as both extraordinary and international in the postwar period after 1945.”

sociedade. Gradualmente o acervo produzido para a superação dessas experiências pode ser também utilizado para a superação de diversas outras formas de autoritarismo, produzindo um interessante campo de reflexões ao qual passamos a nos aproximar.

A magnitude dos feitos ocorridos durante a guerra fora tamanha que levou a todos os envolvidos, bem como a quase totalidade do mundo ocidental, a refletir sobre o que se passara, produzindo mudanças radicais na forma de pensar e ver o mundo e dando azo ao início de um amplo processo de crítica aos valores da modernidade. Ideias como a da neutralidade do direito, ou sua completa separação da moral e da política, como vistas em Kelsen (2003), perderam a capacidade de dar conta dos complexos fenômenos jurídicos que se seguiram, uma vez que os valores prescritivos que continham não conseguiam suportar e dar respostas a enorme demanda por um substrato normativo para o processamento das demandas por justiça surgidas na transição, que são bastante singulares em relação as demandas por justiça em tempos ordinários.

Desta simples constatação é possível inferir que a ideia de Justiça Transicional surge como produto de uma demanda por uma mudança da concepção do que seja o direito em sua relação com a justiça, uma vez que o arcabouço do direito positivo dos países envolvidos na II Guerra Mundial (e mesmo o insipiente direito internacional da época) não permitiam soluções minimamente razoáveis para os problemas que se apresentavam, dada a completa desconfiguração do sistemas legais, morais, lógicos e mesmo de bom senso produzidos pela experiência totalitária.

Foi desta experiência concreta que iniciou-se o processo de construção de medidas inovadoras para a solução de problemas em grande escala que escapassem à ordinariedade e a racionalidade do direito entendido como conjunto de regras postas por uma unidade estatal soberana. Foi necessário, para superar os processos produzidos pelo Estado em regimes autoritários e totalitários, encontrar mecanismos que, valendo-se de critérios políticos variados, ensejassem soluções (i) para a inserção de determinadas demandas especialmente graves no sistema jurídico, evitando que uma hipertrofia da política ensejasse novas violações aos direitos humanos na solução de conflitos; (ii) que permitissem gerar soluções de estabilidade para os estados em transição, mesmo que provisoriamente, e; (iii) gerar mecanismos judiciais e extra judiciais de atenção a demandas legítimas por justiça cujo próprio judiciário seria incapaz de atender sem uma sobrecarga que ameaçaria de modo severo seu funcionamento justo e regular.

O primeiro grande exemplo de uma destas práticas é, sem dúvida, o tribunal de Nuremberg, que coloca as medidas transicionais sob a égide do Direito Internacional, ampliando e fortalecendo suas bases normativas. Com o passar do tempo, o Direito Internacional e, mais especialmente, o Direito Internacional dos Direitos Humanos passarão a fixar um grande número de marcos normativos para regular processos de transição, partindo do permanente desenvolvimento da tradição jurídica de Nuremberg.

Assim, as medidas fundadas em tais processos passaram a ser amplamente aplicadas não apenas em situações de saída de um regime totalitário, mas também na organização dos processos de democratização e redemocratização de países que viveram experiências autoritárias. Se a experiência totalitária desorganiza quase que a completude das esferas sociais e institucionais de uma nação, não é menos verdadeiro que os regimes autoritários geram tormentosos danos às sociedades onde se instalam e, especialmente, são igualmente capazes de perpetrar crimes contra a humanidade em grande escala por meios “legais”, desorganizando profundamente a estrutura jurídico-institucional do Estado. Nesse sentido, mecanismos de justiça cuja origem remonta a superação de um primeiro totalitarismo passaram a ser aplicados em países em via de saída de experiências autoritárias, numa alternativa que, a um só tempo, lhes garante uma mais rápida retomada da democracia e do Estado de Direito e, ainda, fornece mecanismos institucionais de resolução de conflitos que pode ter uma base internacional, permitindo que, num primeiro momento, a ausência de uma estrutura estatal apta à realização da justiça não signifique a inviabilidade de combinar democratização futura com justiça quanto ao passado.

Destas linhas iniciais é possível prontamente inferir que os estudos sobre transições políticas guardam estreita relação com os predicados de identificação das formas de governo no plano teórico, haja vista que sempre se valerão de conceitos-chave prescritivos (*dever ser*) para valorarem aquilo que se descreve (*ser*).

Valores como “liberdade” e “democracia” são postos como prescrições que orientam o modo como *devem ser* as transições quando as mesmas são estudadas desde a perspectiva teórico-normativa da justiça de transição. Essa característica importa em uma diferença fundamental entre a linguagem do direito e da política ao tratar das transições, uma vez que o direito, definindo “justiça de transição”, preocupa-se primordialmente com a dimensão prescritiva do *dever ser*, adotando uma perspectiva próxima a visão pós-positivista de Ost, que

entende que a filosofia do direito em sua busca de referentes normativos “[...] escava a própria normatividade do direito na direção de sua visada: [...] diz o que idealmente o direito deveria ser se estivesse de acordo com o seu próprio horizonte regulador” (2005: p. 19), tornando os estudos jurídicos em buscas de fundamentos normativos para a instalação ou análise de processos sociais que, mediados pelo próprio Direito, conduzam à implementação ou aprimoramento do Estado de Direito, enquanto a *realpolitik* busca, de modo mais amplo, estabilizar uma democracia, muitas vezes “olhando para frente” e desconsiderando um passado autoritário.

Não é de estranhar, portanto, que estudos das ciências sociais muitas vezes foquem-se primordialmente no *ser* das transições, dedicando-se ao estudo dos processos de “[...] transições de um certo regime autoritário para uma incerta ‘outra coisa’” (O’DONNELL & SCHMITTER, 1986: p.03 - tradução livre³). Esta “outra coisa” pode ser um outro regime de qualquer tipo, inclusive uma democracia, com maior ou menor grau de aderência ao Estado de Direito.

Ruti Teitel sintetiza essa dupla possibilidade de leitura interpretativa das transições, desde uma perspectiva ideal da filosofia do direito ou desde a política em uma forma mais pura (novamente, a *realpolitik*), estabelecendo uma distinção entre duas macro-posições: *realistas e idealistas*. Definem-se os primeiros como defensores da tese de que:

“A busca por justiça neste períodos é completamente epifenomênica e melhor explicada nos termos do balanço de poder. O Direito é um mero produto da mudança política. Os realistas políticos geralmente juntam a questão de porquê dada ação estatal é empreendida com aquela sobre qual é a resposta possível. Essas teorizações esclarecem o porque da justiça de transição ser algo vital em alguns países e não em outros.”(TEITEL, 2000: p.03 - tradução livre⁴)

Enquanto, para os idealistas

³ “[...] transitions from certain authoritarian regimes toward uncertain “something else””

⁴ “Justice seeking in these periods is fully epiphenomenal and best explained in terms of the balance of power. Law is a mere product of political change. Political realists generally conflate the question of why a given state action is taken with that of what response is possible. Such theorizing clarifies why transitional justice is a vital issue in some countries but not in others.”

“[...] a questão da justiça transicional geralmente remete a concepções universalistas de justiça. Ideias de retribuição plena ou justiça corretiva quanto ao passado são consideradas como precursoras necessárias a uma mudança liberal. Embora, em abstrato, determinadas ideias jurídicas possam ser pensadas como necessárias para a transição liberal, tais teorias não levam em conta apropriadamente a relação entre o direito e a mudança política.” (*ibidem*: p.04 - tradução livre⁵)

A experiência histórica demonstrou que nenhuma das duas posições existiu isoladamente em uma transição real. Se na maioria dos casos o “balanço de poder” foi determinante para a feitura de opções de ações no plano político, é inegável que considerações de caráter jurídico eram tomadas em conta. E é desta relação que nasce o campo de problematidade entre direito e política na justiça de transição.

A escolha semântica pelo tipo “justiça de transição” não é casual. A ideia de um “direito de transição” diria respeito exclusivamente a um conjunto de normas e princípios postos em dado sistema normativo, enquanto a ideia de “justiça” refere-se a um valor ideal, que é matizado por uma situação concreta, a “transição” (no item 3.1 esta distinção será explicitada, na analítica concreta do caso brasileiro). Assim, uma teoria da justiça de transição reveste-se de características teleológicas e afasta-se de uma concepção procedimental do direito enquanto arranjo institucional abstrato⁶. Portanto, as práticas transicionais configuram-se de modo a articular o direito, em um dado contexto político, para que maximize a distribuição de justiça (seja através do judiciário, seja através de ações e programas *ad hoc*). Evidentemente tal procedimento – como ademais todos os procedimentos políticos ou jurídicos – parte de uma concepção de bem e de uma concepção substancial de justiça de tal modo que as escolhas em sede de justiça transicional costumeiramente ponderam entre dois ou mais bens, optando por preservar em maior medida aqueles mais importantes para um dado contexto de justiça num determinado contexto histórico concreto que é necessariamente contingente.

⁵ “[...] the question of transitional justice generally falls back on universalist conceptions of justice. Ideals of full retributive or corrective justice regarding the past are considered necessary precursors to liberal change. While, in the abstract, certain legal ideals may be thought necessary to liberal transition, such theorizing does not account well for the relation of law and political change.”

⁶ Em sentido similar, consulte-se a crítica de Ricouer à Rawls: RICOUER, 2008: pp..63-88.

É assim que as causas produtoras de uma regime não-democrático e as causas da transição dizem respeito diretamente ao modelo de justiça transicional adotado por cada país, em cada contexto concreto. A expressão mais clássica desta equação ganha forma nas leis de anistia, que sacrificam a justiça desde um dado ponto de vista jurídico (aquele presente no ordenamento que tipifica o delito) na busca por garantir o estabelecimento ou manutenção de um nível administrável de paz social num dado momento concreto (o item 1.3.3 desenvolverá esta tese e o item 3.3 lhe aplicará ao caso brasileiro).

Estabelecidas estas relações, passa-se a análise do modo como diversas classificações percebem os fenômenos transicionais e como, conseqüentemente, servem para melhor compreender seus mecanismos e processos.

1.2. A natureza dos regimes repressivos: classificação semântico-valorativa e de tipo de regime e suas influências na aplicação jurídica de medidas transicionais

Na corrente seção deste trabalho duas formas distintas de classificação serão discutidas com distintos propósitos: primeiramente, verificar-se-á como o modo como os regimes repressivos são classificados semântico-valorativamente, mormente no nível retórico e na fala apropriada pelo senso comum – mesmo que produzida na política e na academia –, e como tais classificações influenciam a formação de juízos jurídicos sobre os atos e práticas organizados para a sustentação do regime, verificando-se, ao melhor estilo nominalista, a relação entre classificação e entendimento/definição do objeto classificado (cf.: HACKING: 1999, pp. 82-84), de modo a ampliar o entendimento sobre o “porquê” de determinadas classificações que aparentemente são descritivas terem efeitos amplamente prescritivos na persecução de justiça pós-repressão; num segundo momento, verificar-se-á de modo majoritariamente descritivo o modo como o “tipo de regime” repressivo influi no tipo de medidas transicionais possíveis e necessárias ao processo de democratização, valendo-se se uma classificação externa para a apropriação de características comuns a distintos processos transicionais que inter-relacionam o modo como (i) o regime estrutura-se, (ii) chega ao seu fim e como (iii) o novo regime lida com o espólio do anterior.

Com isso, inicia-se um processo de diálogo entre categorias da ciência política e da sociologia com o das categorias do Direito para a posterior consolidação de uma ideia

normativa de justiça de transição que aproveite (i) o conteúdo crítico do debate sobre a classificação valorativo-semântica para sua superação desde uma perspectiva jurídica, (ii) incorporando o acervo classificatório da ciência política à teoria jurídico-política sobre as dimensões transicionais e as obrigações delas decorrentes.

1.2.1. Classificações semântico-valorativas dos regimes autoritários

Uma leitura reduzida sobre o fenômeno das transições (bem como das causas de uma ditadura) pode inviabilizar um bom entendimento do processo que levou determinado país a seguir um caminho, e não outro, no infinito de possibilidades que os processos de democratização e a justiça de transição abrem. Um operador do direito de corte mais positivista procurará sempre fixar-se a moldura interpretativa⁷ das leis de transição para interpreta-las e, fazendo-o, poderá torna-se incapaz de entender como o texto legal chega a determinadas classificações e, desta feita, ver-se-á frente a uma incapacidade plena de encontrar qualquer racionalidade no ordenamento, uma vez que a racionalidade própria da transição política é ensejadora de uma ampla mixagem entre o jurídico e o político, que se combinam não para gerar um “direito de transição”, mas sim uma justiça de transição. Igualmente, ignorar esse contexto sócio-político conduz seu interprete a outro problema, qual seja, uma leitura desfocada, re-inserindo a prática autoritária passada na hermenêutica do presente⁸.

Iniciando com uma exploração exemplificativa preliminar, se aludirmos o caso o brasileiro como referência, teremos um modelo de transição de longa duração em que o grande ato formalmente responsável por compatibilizar ordens jurídicas distintas (a autoritária e a democrática) e de estabelecer os mecanismos de “*accountability*”⁹ não trata, efetivamente, nem de uma coisa nem de outra. O Ato das Disposições Constitucionais

⁷ Seguindo o conceito típico do modelo kelsiano do Direito (KELSEN: 2003, pp. 390 e seguintes).

⁸ Nesse sentido, Carvalho Netto exemplifica, no plano constitucional, que as “*normas constitucionais que asseguravam a ruptura com o regime ditatorial, autocrático, acabaram sendo lidas e aplicadas à luz da continuidade das antigas práticas [...]*” (CARVALHO NETTO: 2002)

⁹ O termo em inglês “*accountability*” significa, basicamente, ter atribuída a si a responsabilidade por seus próprios atos. Não há consenso sobre qual a melhor tradução para o português, sendo o mais comum o desmembramento do termo para o uso dado no contexto, com sua simplificação em termos como “responsabilização” ou “prestação de contas”

Transitórias da Constituição da República de 1988 (ADCT) preocupou-se pouquíssimo com problemas de “justiça”, focando-se basicamente em questões operacionais da reconfiguração administrativa do Estado. Coube assim aos operadores do campo do direito a responsabilidade de encontrar fórmulas que permitissem a gradual compatibilização do acervo jurídico-normativo do período de repressão com o novo acervo jurídico-normativo em construção, atinente ao período democrático, evitando tanto a ruptura da capacidade de geração de respostas institucionais, quanto a produção de respostas institucionais inadequadas ou injustas pelo Estado a um grande número de casos concretos. Ainda, o processo social pós-constitucional é que operou, no campo infra-constitucional, a produção de uma série de medidas de justiça transicional que, desde uma perspectiva organizacional lógica, deveriam ter sido matéria do ADCT.

A lógica imanente ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias é a de equivar a transição para a democracia brasileira a uma reforma de menor impacto na estrutura do Estado e da sociedade, de modo a que aquele ato não funcionasse como uma condenação explícita do acervo autoritário nacional, estabelecendo mecanismos para sua eliminação e para a reparação dos abusos cometidos, mas sim que desse apenas as providências necessárias para a máquina pública funcionar sob o comando de novos chefes em uma nova distribuição de poder. Essa lógica de continuidade entre regime militar e democracia será verificável em inúmeros momentos neste estudo, especialmente em sua segunda parte.

A razão da omissão de determinados assuntos no ato transitório próprio é produto de um contexto político bastante específico: a longa transição brasileira, por ser controlada por agentes do regime repressor (com maior ou menor capacidade operacional, a depender do momento histórico concreto) não possibilitou que as forças democráticas tivessem, já em 1988, capacidade para tratar de determinadas pautas que puderam surgir apenas após um enfraquecimento, na *realpolitik*, das forças que mantiveram o regime opressor e, de outra mão, com o fortalecimento das instituições democráticas que a própria Constituição de 1988 desenhou (a esse respeito, cf.: GENRO, 2009). O cenário em 1988 não era de uma condenação mais explícita à ditadura como um governo criminoso, mas sim o da abertura “lenta e gradual” após o afastamento do mal maior do comunismo.

Esse contexto de limitações no plano interno quando da transição não é peculiar apenas ao Brasil, mas sim a todos os países que tiveram a gênese de seus regimes não-democráticos majoritariamente na política interna (mesmo que com o apoio internacional). A complexidade desta problemática só faz crescer na medida que adicionamos mais casos concretos ao campo exemplificativo, uma vez que tanto o regime não-democrático pode ter uma origem nacional ou internacional (interna/externa), quanto o processo transicional pode ser fundado em uma mudança da política nacional ou uma intervenção externa e que, em ambos os casos, gera-se um acervo jurídico-político próprio que dialoga com aquela realidade transicional especificamente, e não com uma ideia de justiça a ser construída desde uma perspectiva efetivamente democrática, uma vez que tal acervo tem, em grande medida, seu peso jogado na equação presente no balanço de poder que sustenta a transição. Nestes contextos, a democracia torna-se, majoritariamente, um dado externo ao conjunto de elementos que se agrupam para gerar a transição, tornando-se não o objetivo político da própria transição, mas sim uma meta de longo prazo.

A influência de atores externos altera radicalmente este cenário, uma vez que permite a inclusão/exclusão na equação de balanço de poder de novos agentes com capacidade para estabelecer diferentes narrativas sobre o passado autoritário e o futuro democrático (ou o oposto).

Como exemplo, pode-se observar o quadro sinóptico abaixo, que cruza essas duas variáveis bastante simples: a origem dos regimes autoritários que são sucedidos pela transição (se interna ou externa) e a origem do próprio processo de transição (igualmente se interna ou externa).

QUADRO 01. Regime Autoritário-Justiça Transicional/Engódeno-Exógeno

	Justiça Transicional Endógena	Justiça Transicional Exógena
Regime Autoritário Endógeno	Restauração Inglesa América Latina África do Sul Bulgária Romênia Etiópia Hungria (1945) Grécia Itália Espanha Atenas (411 aC)	Atenas (403 aC) Alemanha (1945) Japão (1945) França (1814) França (1815) Áustria (1945) Rodésia
Regime Autoritário Exógeno	Estados Unidos (1783) Argélia (1962) Polônia Hungria (1989) Checoslováquia Países da Ocupação Alemã (WWII)	República Democrática da Alemanha (RDA)
Fonte: Elster: 2006, p.93.		

O quadro fornece uma visualização ampla de diversos casos onde instituições internas ou externas à unidade nacional operam a alteração de um regime de governo e permite, portanto, refletir sobre como as próprias sociedades articulam ou não uma mudança na equação interna de forças para a produção de mudanças políticas de regime. Esse dado interessa para que se possa começar a analisar como a aceitação social mais ou menos ampla do regime não-democrático, que virá a se traduzir em discursos de condenação ou louvor a um regime (democrático ou não), influenciará um conjunto de medidas típicas de transições, tais como a depuração ou a manutenção no poder de agentes do antigo regime. Ainda, como

será visto mais adiante, com alusão à obra de Samuel Huntington e Ruti Teitel, o macrofenômeno “transição endógena” *versus* “transição exógena” também implicará em uma ampla modulação do tipo de medidas a serem adotadas (cf.: item 2.1).

Comentando sua sistematização, Elster assinala aquele que é um dos fatores mais desafiadores das transições similares as da América do Sul, incluso o Brasil: sua dupla endogenia.

“[...] os caos mais interessantes são os duplamente endógenos (o quadrado superior esquerdo) em que a sociedade deve se colocar em acordo *consigo mesma*. Logo quanto da transição, os líderes e os agentes do antigo regime seguem sendo parte do tecido social. É possível que, seja diretamente, graças a seu acesso a meios de violência ou as urnas, seja indiretamente, graças a sua importância para a reconstrução e o desenvolvimento econômico, acabem por influir no tratamento que lhes será imposto. Segundo uma metáfora que também utilizei para descrever o processo de desenho constitucional nas democracias recentes, a sociedade deve *se reconstruir em alto mar*, utilizando aqueles materiais que tem à mão, por mais viciados que estejam. Inclusive quando os juízes, por exemplo, tenham estado profundamente envolvidos com o regime pré-democrático, talvez, em termos práticos, não haja outra alternativa que os empregar, ainda que estes não sejam os mais compromissados, para julgar este mesmo antigo regime.” (2006: pp. 94-95 – grifos no original, tradução livre¹⁰)

A ideia de uma sociedade “reconciliando-se internamente” é a síntese do conflito existente em processos de transição como os experimentados por Brasil, Argentina, Uruguai, Paraguai e Chile, para ficar apenas com os exemplos regionais. Não há aqui a negação da influência externa nos golpes de Estados que tomaram o poder dos países da região, mas a

¹⁰ “[...] los casos más interesantes son los doblamente endógenos (el casillero superior izquierdo) en que la sociedad debe ponerse de acuerdo *consigo misma*. Luego de la transición, los líderes y los agentes del antiguo régimen siguen siendo parte del tejido de la sociedad. Es posible que, ya sea directamente, gracias a su acceso a los medios de violencia o a las urnas, o indirectamente, gracias a su importancia para la reconstrucción y el desarrollo económico, logren influir sobre el tratamiento que se les impone. Según una metáfora que también he utilizado para describir el proceso de diseño constitucional en democracias recientes, la sociedad debe *reconstruirse en alto mar*, utilizando los materiales que tiene a mano, por más viciados que estén. Incluso cuando los jueces, por ejemplo, hayan estado profundamente involucrados con el régimen predemocrático, quizás, en términos prácticos, no haya otra alternativa que emplearlos, aunque más no sea los menos comprometidos, para juzgar a ese mismo régimen.”

verificação de que as democracias entraram em colapso num contexto onde a influência externa foi apenas uma das razões para o rompimento institucional. Mais que isso, diferentemente do que ocorreu, por exemplo, com os países do Eixo após a segunda Grande Guerra, os próprios países latino-americanos puseram fim as suas ditaduras. Aqui, o esfriamento das tensões internacionais entre os EUA e a URSS, o contexto econômico internacional e a mudança do discurso institucional norte-americano (afastando-se do discurso da segurança nacional e da doutrina Truman e aproximando-se do discurso dos Direitos Humanos)¹¹ foram apenas mais alguns fatores de influência, mas não as únicas variáveis determinantes para que o desfecho das disputas políticas internas levasse ao rompimento da ordem constitucional e a um golpe de estado anti-democrático, sendo eminentemente o balanço interno de poder e as disputas políticas nacionais as causadoras da ruptura de legalidade, conseqüentemente insurgindo um discurso social ideologizado de justificação que apossa-se do Estado e desde ele difunde valores que, se não revertidos na democratização, seguem a reverberar mesmo após a transição estar “concluída”.

É nesse sentido que, para a análise de medidas transicionais, além da necessidade de considerarem-se as causas da transição em si e como tais causas determinaram um maior ou menor controle político do processo (seja por parte das forças democráticas, seja por parte das forças não-democráticas), é importante considerar aquilo que tratarei como uma “*classificação semântico-valorativa*” dada ao próprio regime. Entendo por “*classificação semântico-valorativa*” o próprio discurso social articulado entorno de temas chave do regime, como “legitimidade” e, inclusive, “necessidade”, uma vez que discursos como o do “mal necessário” justificarão ditaduras mesmo sem considerá-las legítimas. Este tipo de classificação é absolutamente externa ao sistema jurídico numa leitura *prima facie*, mas será determinante para o enquadramento legal posterior dos fatos a serem considerados para o equacionamento de medidas transicionais, pois a narrativa sobre os regimes, sua *legitimidade*, a *natureza de seus atos* e seus *razões de seus crimes* (inclusive no cruzamento dessas variáveis, que pode nos conduzir ao debate da *legitimidade dos crimes*, tanto do regime quanto da oposição) é gerada externamente ao mundo do Direito, num diálogo predominantemente orientado pelas racionalidades da defesa de determinados valores e do balanço de poder que permite ou não a oposição de outras visões a esta.

¹¹ Cf.: TORELLY: 2006, pp. 454-456.

A classificação dos regimes e a aceitação desta classificação pelo senso comum, especialmente pelo senso comum da política e do direito, será fundamental para a estruturação dos mecanismos transicionais. A capacidade do discurso oficial do regime para gerar senso-comuns que orientam interpretativamente a narrativa sobre o passado acaba por influenciar o modo como o conjunto da população e as autoridades políticas e judiciais lêem seus deveres com relação a défices transicionais, de tal feita que a naturalização de elementos autoritários torna-se meio impeditivo de avanço das medidas de justiça. Para melhor desenvolver este argumento importa transcrever a definição de Bourdieu do que seja um “sistema simbólico”:

“Os <<sistemas simbólicos>>, como instrumentos de conhecimento e de comunicação, só podem exercer um poder estruturante porque são estruturados. O poder simbólico é um poder de construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem *gnoseológica*: o sentido imediato do mundo [...] supõe aquilo que Durkheim chama o *conformismo lógico*, [...] ou, depois dele, Radcliffe-Brown, que faz assentar a <<solidariedade social>> no fato de participar num sistema simbólico [...]. **Os símbolos são os instrumentos por excelência da integração social enquanto instrumentos de conhecimento e de comunicação [...], eles tornam possível o *consensus* acerca do sentido do mundo social que contribui fundamentalmente para a reprodução da ordem social: a integração <<lógica>> é a condição da integração <<moral>>.”** (BOURDIEU, 2004: p.09, negrito meu, grifos do autor)

Na medida em que se constrói um universo simbólico que legitima a prática autoritária, pelas razões que forem, constrói-se um mecanismo permanente na sociedade, que operará mesmo após a própria transição, marcando a democracia e limitando as possibilidades de efetivação de qualquer modalidade de justiça transicional, na medida em que tal mecanismo turva a percepção sobre as injustiças do autoritarismo. Os mecanismos de valoração e fixação semântica sobre os processos políticos e sociais formulados durante os períodos de repressão serão marcantes para, posteriormente, classificarem-se os agentes políticos, os resistentes, os opressores, os justos e os injustos, e todos os demais envolvidos no conflitos, e influenciará especialmente a classificação destes enquanto criminosos a serem punidos ou vítimas a serem reparadas, pois as categorias jurídicas dependem das categorias sociais construídas discursivamente na política para fazerem sentido e funcionarem normativamente. A competição de agentes internos e externos pela formulação de discursos

sobre a legitimidade dos sistemas políticos pode alterar este jogo que, em contextos como o latino americano, costumeiramente era jogado com prevalência pelos atores internos, cenário que só se altera mais substancialmente na atualidade, com a ampliação da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em sua análise do sistema político brasileiro, produzida pouco antes do início da distensão, Celso Lafer apresenta o seguinte quadro de legitimação para a ditadura no país instalada:

A que título, portanto, os que governam hoje o Brasil exercem o poder? Consoante se verifica pelas exposições dos Atos Institucionais que fundamentam o uso da moeda da coerção organizada, uma legitimidade de negação ao caos, ao comunismo e a corrupção, vistos como características principais da República Populista dos anos 60. Esse fundamento negativo deseja ver-se assegurado, num processo de legitimação positiva face aos governados, pela racionalidade da administração econômica, na presidência Castello Branco (gestão econômica dos Ministros Roberto Campos e Octavio Gouveia de Bulhões), e pela eficácia econômica, isto é, pelo desenvolvimento, nas presidências Costa e Silva e Médici (gestão econômica do Ministro Delfim Netto). (LAFER: 1978, p.74)

Note-se que se faz presente a ideia de uma gestão eficiente contra um caos iminente, coisa que, posteriormente, não se verificou do ponto de vista histórico, uma vez que as denúncias de corrupção contra o Governo Jango jamais se provarão, e o milagre econômico brasileiro faliu. O fato relevante aqui, e que é bem capturado por Lafer, é a articulação de um discurso sobre a legitimidade do exercício do poder. Discurso este que fundamenta, inclusive, o uso da força e da violência. Sem este discurso, os golpistas de 1964 seriam apenas isso: golpistas, porém, com a inclusão deste discurso de legitimação no senso comum social e político, tornaram-se, pelo menos para alguns setores sociais expressivos, defensores da pátria. Esse é um fato altamente conturbador do processo de transição, vinculado não a uma problemática propriamente jurídica, mas a uma disputa política sobre o passado que determina o alcance da reeleitura que o Estado de Direito é capaz de fazer sobre determinados eventos.

Nas transições latino americanas – resguardada a supra referida exceção da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o caso argentino, onde a derrota do regime em guerra externa fez arrefecer a impressão de legitimidade da repressão – o discurso sobre o passado foi massivamente construído e imposto pelos próprios governos autoritários, de modo a que, após seu final, permanece uma semântica confusa a valorá-los como “*um mal necessário*” (para usar as palavras de um atual ministro do Supremo Tribunal Federal)¹². Esse discurso só se mantém por possuir um sistema simbólico, produzido pelo autoritarismo, que lhe dá guarida.

Esse tipo de classificação valorativa que se forma na sociedade e permeia as instituições influi, inclusive, nas classificações “científicas” sobre os regimes repressivos, determinando aquilo que os autores consideram mais relevante valorar quanto os descrevem e classificam e, conseqüentemente, aquilo que será mais importante sanear por meio de mecanismos transicionais, de tal feita que estas classificações determinarão também como cada pesquisador lerá a relação entre, por exemplo, medidas de estabilidade e de justiça numa transição.

Cabe aqui exemplificar apresentando um dos “conceitos descritivos” mais canônicos sobre as transições na América Latina, que é o de Guillermo O’Donnell, que introduz, ao procurar estabelecer uma classificação analiticamente mais refinada do que o amplíssimo termo “ditaduras autoritárias”, a ideia de um “autoritarismo burocrático” (1990), caracterizado, grosso modo pelo seguinte (*ibidem*, pp.60-63):

- (I) Por ter sua sustentação política dada pela grande burguesia;
- (II) Por ter seus aparelhos institucionais especialmente vocacionados e especializados para o atingimento de dois fins: (a) subordinar as classes populares ao poder central; (b) normalizar a economia gerando desenvolvimento;
- (III) Por excluir deliberadamente do sistema político um setor social ativo pré-determinado, mais notadamente o conjunto de organizações ligadas ao povo,

¹² Veja-se a entrevista do Ministro do STF Marco Aurélio Mello ao jornalista Kennedy Allencar no programa “É Notícia” da Rede TV, onde afirma que a ditadura foi “um mal necessário tendo em conta o que se avizinhava”. A entrevista pode ser acessada no link abaixo:
<http://www.redeTV.com.br/portal/Video.aspx?113,24,89352,Jornalismo,E-Noticia,Marco-Aurelio-Mello-Bloco-3>

procurando capitalizar as mesmas para o burocratismo (*p.e.* sindicatos e associações);

(IV) Por suprimir a cidadania e a democracia políticas, enquanto formas de participação social aberta à crítica pública;

(V) Por excluir economicamente todos os setores sociais menos capazes de associarem-se ao capital estrangeiro, concentrando renda e formando oligopólios produtivos;

(VI) Por organizar as instituições de modo a tecnicizar as questões políticas, procurando orientar as mesmas por critérios “neutros e objetivos de racionalidade técnica”, vetando a invocação de petições de justiça material ou conceitos de classe;

(VII) Por restringir fortemente ou eliminar todos os mecanismos de acesso ao poder e ao governo.

O conceito de O’Donnell é bastante conforme a descrição que Lafer faz do sistema político brasileiro durante a ditadura: *um governo tecnicamente orientado para a imposição da ordem e o progresso econômico*. Ocorre que tal visão, embora bem descreva um enorme grupo de ações dos governos repressivos, falha rotundamente na descrição de outras, que virão à tona no momento da dita “reconciliação interna da sociedade”, como os casos notórios de inúmeras mortes provocadas pelos aparelhos de Estado responsáveis pela manutenção da ordem e anulação de forças políticas. É nesse sentido que, em seu estudo sobre a ditadura Argentina (1976-1983), Pascual argumenta contrariamente a tese de O’Donnell ao defender que:

“Esse tipo de análise centraliza, erroneamente, sua consideração nos principais atores do processo político sob a doutrina da segurança nacional – os grupos militares e tecnocráticos – e na relação existente entre esses atores, sem abordar a característica mais importante desse tipo de regime, que consiste na natureza do poder exercido e nos objetivos do exercício desse poder. O conceito burocrático-autoritário considera, basicamente, fatores externos e superficiais, sem abordar o essencial da natureza dos regimes: a prática política própria da doutrina da segurança nacional. A nomeação burocrático-autoritário, por sua vez, é branda demais para ser empregada na qualificação das cruentas ditaduras militares que assolaram a América Latina naquelas décadas [1960-1990], e acaba produzindo mais confusão do que

clareza com relação à índole desses regimes.” (PASCUAL: 2004, p.31)

As diversas classificações sobre a natureza dos regimes repressores influem significativamente nas conseqüências das transições. Na esteira do argumento de Pascual, sobre a prática terrorista do Estado argentino durante a ditadura militar, chega-se a evidente conclusão da necessidade de responsabilização civil e penal dos agentes responsáveis pela implementação de uma doutrina de segurança que voltou o Estado contra seus cidadãos, coisa que não necessariamente ocorrerá se sustentada a visão de O’Donnell, onde o emprego da violência é tratado com menor centralidade na problemática da discussão e o restabelecimento de uma ordem não-autoritária parecerá suficiente medida transicional, sendo muito mais importante estabelecer uma democracia eleitoral estável e um Estado imparcial. É assim que a diferente valoração dos regimes implica numa construção discursiva distinta e, ao final, esta construção político-social é incorporada pelo sistema jurídico na tomada de decisões e pelo sistema político no desenho de programas e políticas públicas.

Mais ainda, se consideradas visões dos próprios agentes autoritários, como a da ditadura como “mal necessário” ou como “revolução” (cf.: USTRA: 2006), o processo transicional pode restar completamente inviabilizado enquanto meio para identificar vítimas que resistiram ou foram perseguidas (pois desde esta perspectiva as mesmas eram, em verdade, “criminosas”), ou em processar qualquer forma de justiça em referência aos crimes de Estado, justificáveis desde o discurso de legitimação inserido na sociedade pela própria repressão.

O debate argentino, em concreto, superou a argumentação dos militares, que alegavam estarem em uma luta contra o terrorismo e, ainda, os argumentos de ordem acadêmica similares ao de O’Donnell, que não consideravam a violência massiva em suas teorizações, tendo os poderes públicos entendido ser relevante o acionamento da justiça penal contra ex-agentes de Estado para a efetiva consolidação da transição democrática (cf.: SANTIAGO NINO, 1996; TEITEL, 2000), enquanto em outros países, como no Uruguai, leis de anistia impediram que os processos de justiça transicional abrangessem a esfera penal. A argumentação que afastou da ditadura Argentina a classificação politicamente vinculada a ideais como a do “mal necessário” ou de um regime de exceção “para luta contra o terrorismo”, inobstante, não encontra-se prescrita em nenhum texto legal, mas sim é produto

de uma leitura interpretativa e política que superou um senso comum autoritário instalado no campo simbólico social e classificou o conjunto de atos tidos em nome do Estado como bárbaros. Temos, com esse processo, a formação de um novo senso comum, mais coerente com as ideias de democracia e Estado de Direito, que pode ser bem apreendido na excelente argumentação de Santiago Nino:

“[...] os meios empregados para repelir a agressão [da guerrilha] eram irracionais e desproporcionais. O regime militar foi muito além do que era necessário para neutralizar os agressores e utilizou meios de determinação incertos para definir quem era ou não agressor. São poucas as dúvidas existentes sobre os meios eleitos para a luta contra o terrorismo subversivo terem excedido a proporção do mal causado pelo próprio terrorismo. Mais pessoas foram seqüestradas, torturadas e mortas e, neste processo, a ditadura também destruiu o Estado de Direito e a segurança jurídica. Afinal, os meios legítimos para uma sociedade combater o terrorismo podem ser encontrados no direito penal [...]” (1996: p.174 - tradução livre¹³)

Desta feita, ao articular o debate sobre as transições, seguindo com a perspectiva dantes referida de Ost, o direito democrático sempre valora o regime repressivo desde uma perspectiva vinculada a ideia de preservação do estado de direito e dos direitos humanos como forma de matizar aquilo que é ou não aceitável, negando a legitimidade de violações aos direitos fundamentais mesmo quando as mesmas ocorrem em consonância com a vontade da maioria e de forma equânime, ou quando legitimam-se por meio de um discurso social hegemônico porém contrário aos direitos fundamentais de um dado setor social. Ainda, ao valorar o regime repressor, a perspectiva do direito reforça a ideia da necessidade da não-arbitrariedade para a própria garantia da legitimidade do sistema de direito. Nas palavras de Teitel:

“Enquanto o entendimento convencional da concepção de tirania é a ausência do estado de direito enquanto

¹³ “[...] the means employed to repel the aggression [from the guerrilla] were irrational and disproportionate. The military regime went far beyond what was needed to neutralized the aggressors and used unreliable ways of determining who where aggressors and who were not. There is little doubt that the means chosen to fight subversive terrorism were way out of proportion to the evils caused by terrorism. More people were abducted, tortured, and killed, and in the process the dictatorship also destroyed the rule of law and legal certainty. In the end, the legitimate means for a society to use against terrorism can be found in criminal law [...]”

arbitrariedade, o estado de direito em transição nos casos modernos ilumina uma resposta normativa diversa para a tirania contemporânea. Com sua origem no antigo entendimento do termo “isonomia”, o ideal do estado de direito emerge em resposta à tirania entendida enquanto arbitrariedade e cumprimento parcial da lei. Como as tiranias do passado são associadas com a feitura da lei por vias tanto arbitrárias como desiguais, o antigo entendimento de estado de direito compreende tanto o valor da segurança jurídica quanto da igual aplicação da lei. Como nos tempos antigos, o ideal contemporâneo de estado de direito é forjado no contexto de mudança de um regime repressivo para um modelo de governo liberal. Quando a perseguição é sistematicamente aplicada por meio de sanções legais, onde a tirania é a perseguição sistemática, a resposta transicional legal será uma tentativa de desfazer esses abusos perpetrados nos termos da lei” (2000: p.18 - tradução livre¹⁴)

É considerando estes raciocínios sobre a valoração e formação semântica de um discurso sobre o passado, bem como a necessidade do direito de superar esta valoração fundando-se em critérios diversos que os do senso comum, que inicia-se o processo de superação de consensos sociais rumo à afirmação de uma ideia de justiça que permitirá, por sua vez, auferir a capacidade que determinadas medidas tem de contribuir ou afetar a democracia e, mais ainda, a legalidade destas medidas frente a um ordenamento legal não-arbitrário.

1.2.2. Tipos de regime e formas de transição

Após a verificação sobre como elementos de valoração sobre os regimes repressivos influenciam a formação das leituras políticas, jurídicas e acadêmicas sobre os processos

¹⁴ “Whereas the conventional understanding of the conception of tyranny is the lack of the rule of law as arbitrariness, the transitional rule of law in the modern cases illuminates a distinctive normative response to contemporary tyranny. From its inception in the ancient understanding term “isonomy”, the ideal of the rule of law emerges in response to tyranny. In ancient times, isonomy is forged in response to tyranny understood as arbitrary and partial enforcement of law. Because prior tyranny associated with lawmaking that is both arbitrary and unequal, the ancient understanding of the rule of law comprehended both values of security in the law and equal enforceability of the law. As in ancient times, the contemporary ideal of the rule of law is forged in the context of the move from repressive to more liberalizing rule. Where persecution is systematically perpetuated under legal imprimatur, where tyranny is systematic persecution, the transitional legal response is the attempt to undo these abuses under the law.”

transicionais, e ainda antes de avançar para o estudo dos mecanismos transicionais propriamente ditos, insta explorar outra dimensão classificação. Neste caso, e na medida do possível, a classificação dos regimes repressivos em categorias gerais amplas visa não um fim prescritivo, mas sim descritivo, auxiliando na verificação empírica das medidas transicionais que foram utilizadas na democratização de diversos países e no estabelecimento de conexões entre a capacidade de ingerência política do antigo regime e a legitimidade das medidas perante a ótica democrática, que será extensamente desenvolvida no capítulo 2.

Apoia-se esta seção predominantemente nos estudos de Linz e Stepan sobre as transições para a democracia, onde os autores classificam os regimes em quatro tipos, com vistas a avaliar como cada tipo de regime produz meios e limita medidas durante as transição. São eles: (I) autoritários; (II) totalitários; (III) pós-totalitários e; (IV) sultanísticos (LINZ & STEPAN, 1999: pp. 82-87). Ao fazer estas verificações os autores, em última análise, estabelecem um raciocínio imagetivamente parecido com a matriz que origina-se de uma equação-função, uma vez que o “tipo do regime” neste tipo de raciocínio é definido, majoritariamente, pelas medidas de alteração do modelo ideal “estado de direito” e do procedimento ideal “democracia” em respeito a um conjunto de fatores (sistema político, economia, pluralismo social, etc.), sendo estas alterações os objetos centrais de reversão e mudança durante a democratização e, posteriormente, suas conseqüências constituem fundamento de fatos para os principais processos de justiça transicional.

Em consonância com Arendt, Linz e Stepan classificam os *regimes totalitários* como aqueles onde (i) inexistente pluralismo significativo nas searas econômica, política e social, (ii) uma ideologia holística, abrangente e nem sempre coerente norteia as ações de Estado, sendo vedado seu questionamento, (iii) toda a mobilização social ocorre entorno de associações e órgãos compulsórios de origem e controle estatal e, (iv) não existe limitação externa ou controle institucional para o poder da autoridade-líder (*ibidem*, pp.59-61).

O *regime autoritário* é classificado como um regime onde (i) existe um pluralismo limitado na sociedade, seja por meio de uma “semi-oposição”, seja por persistirem padrões de pluralidade social ou econômica que são prévios ao regime, mas que não o afetam substancialmente, (ii) a ideologia única e holística é substituída por ideologias setorializadas (mesmo que amplamente abrangentes) , cabendo mais falar em “mentalidades” que em

“ideologia” (no singular), (iii) a mobilização política é fortemente reprimida e praticamente inexistente, ficando, quando muito, adstrita à ação institucional da “semi-oposição”, (iv) há uma liderança única ou grupo de lideranças que se revezam no poder segundo critérios de acesso próprios e exclusivos (LINZ, 2000: pp. 159-260; LINZ & STEPAN, 1999: pp. 57-58).

O *regime pós-totalitário* caracteriza-se por ser (i) mais aberto que o totalitário quanto ao pluralismo, uma vez que mesmo conservando estruturas de fechamento como o partido único, já permite que a sociedade e a economia funcionem de modo menos controlado pelo Estado, mesmo não sendo possível falar em “pluralismo político”, num regime pós-totalitário já é possível se falar na existência de uma ala de oposição, (ii) a ideologia herdada do totalitarismo subsiste, mas a adesão a ela é menor e a possibilidade de questionamento passa a ser menos reprimida, (iii) a mobilização interna nas associações e órgãos estatais torna-se mais burocratizada e menos efetiva, surgindo, nos pós-totalitarismos maduros, associações de mobilização independentes do Estado (que abrem caminho para a superação do regime), (iv) as lideranças passam a receber especial proteção institucional de mecanismos como “a democracia interna ao partido”, e tem sua origem não mais na comunidade política, mas sim na tecnocracia, sendo comum a mudança do perfil carismático para o burocrático (*ibidem*, pp. 61-69).

O *regime sultanístico*, por sua vez, caracteriza-se pelo (i) poder despótico do Sultão, que pode alterar as condições de existência do pluralismo em qualquer setor social, estimulando-o ou limitando-o, (ii) o principal pilar ideológico é o próprio Sultão, que detém a liberdade para a manipulação de símbolos e instituições, (iii) a mobilização é baixa, controlada e atende a interesses políticos do próprio regime, sendo comumente clientelística, (iv) a liderança central é personalíssima e arbitrária, não observando limites de qualquer espécie (*ibidem*, pp.69-73)

Entre as principais implicações para a transição da vinculação dos regimes a estas matrizes, interessam ao campo jurídico especialmente aquelas análises quanto (i) à possibilidade de estabelecimento de reformas e rupturas pactuadas (cujos mecanismos e formas jurídicas serão tema do item 1.3 deste estudo) e (ii) a influência das elites do antigo regime no processo de transição.

(I) *Quanto à possibilidade de reforma ou ruptura pactuada*: a realização de uma transição pactuada, com maior ou menor grau de liberdade para a pactuação em si, depende da combinação de dois elementos: (i) a existência de uma oposição de viés democrático e (ii) a existência de autoridades moderadas no regime não-democrático com suficiente poder para estabelecer um “diálogo de resultados”. Assim, considerando as quatro classificações empreendidas, Linz e Stepan esboçam o seguinte panorama de relações entre tipo de regime e implicações à transição (*ibidem*: pp.: 82)

a) Totalitarismo: a inexistência de sociedade civil e oposição democrática organizada inviabiliza uma transição sem ruptura;

b) Autoritarismo: existe espaço para acordos de elite ou movimento de massas, desde que haja sociedade civil e oposição organizada, podendo-se estabelecer pactos (como eleições, a serem disputadas pelo regime e a oposição, ou outras modulações);

c) Pós-totalitarismo: pode haver espaço para pactuações caso o regime pós-totalitário tenha permitido a subsistência de suficiente pluralidade para a formação da oposição e existam, entre seus quadros, atores moderados capazes de fomento ao diálogo.

d) Sultanismo: a inexistência de um embrião para o Estado de Direito ou dos dois pré-requisitos para a pactuação eliminam a possibilidade de transição sem ruptura.

A realização de pactos depende, portanto, da capacidade de abertura do regime para o diálogo, coisa que, como se verá adiante, também afetará qualitativamente a validade dos pactos no tempo. A capacidade de realização de pactos mais dialogais, como ocorreu na Hungria pós-comunista (cf.: SCHWARTZ, 2002: pp. 75-108), tende a gerar resultados estruturalmente mais legítimos e estáveis que aqueles produzidos em transições como as da Argentina (Cf.: CAVAROZZI, 1986: pp. 19-48). Regimes cujo modelo obstaculiza fortemente o diálogo, como fora o argentino, tendem a inviabilizar a geração do mínimo de consenso necessário para a estabilização dos acordos necessários a transição sem ruptura, inobstante, a manutenção do poder nas mãos do regime durante a transição, como no caso brasileiro, pode garantir a imposição autoritária do aceite social ao pacto transicional eliminando determinados debates da agenda política da abertura.

(II) *Quanto a influência das autoridades do antigo regime na transição*: quando um regime é governado por uma determinada hierarquia, mais notadamente uma hierarquia militar, sua substituição por um governo civil por via eleitoral pode ser o caminho mais curto para o início de um processo de democratização. A existência de um governo militar implica em uma substancial diferença para o processo de transição quando comparada a uma transição não-militar, considerando-se que os militares são parte orgânica do todo estatal, tendo sido ímpar na história a experiência do Haiti, que em meio a uma longa história de golpes dissolveu e extinguiu os poderes militares em 1995, passando a existir enquanto país soberano sem forças armadas.

A hierarquia militar autoritária pode abrir mão do poder que detém caso os “*militares enquanto instituição*” sintam-se ameaçados, pressionando os “*militares enquanto governo*” à abertura. Linz e Stepan destacam que tal possibilidade não encontra-se disponível quando o regime em questão é totalitário, uma vez que “*a primazia do partido revolucionário e o papel ilimitado dos líderes tornam impossível o governo de uma hierarquia militar*” (1999: p.83), fato que se repete no pós-totalitarismo e no sultanismo, neste último estando o Sultão a substituir o partido.

É nesse sentido que os autores asseveram que “*se um regime não democrático autoritário for liderado por militares não hierárquicos e esse regime cair ou for derrubado, será mais fácil impor o controle civil democrático e levar os militares a julgamento do que se o regime fosse liderado por uma hierarquia militar*” (*ibidem*: p.84), uma vez que a permanência dos militares enquanto instituição no poder implica no constante receio de desencadear-se um novo golpe de Estado. Assim, a inclusão da variável “militar” na categoria “autoritarismo” ainda agrega um novo elemento de limitação política à transição e, por sua vez, a política limitada é que define o escopo jurídico inicial de uma transição no plano nacional.

Se o tipo de regime impacta a via de transição para democracia, tornando-a mais ou menos controlada e, ainda, condiciona a possibilidade de pactuação para a não ruptura da ordem, é de se esperar que as tarefas necessárias para a consolidação democrática também sofram variações a depender do tipo de regime que se propõe superar. Os autores analisam

cinco condições necessárias para a democracia desde a perspectiva da ciência política que precisam ser objeto do trabalho transicional (*ibidem*: pp.85-87):

- (i) a inexistência de restrições à sociedade civil;
- (ii) a autonomia da sociedade política;
- (iii) a estabilização de normas constitucionais democráticas;
- (iv) a existência de uma burocracia estável e confiável e;
- (v) a autonomização da atividade econômica frente ao Estado.

A incorporação destes valores pela semântica jurídica sobre a justiça de transição, com sua fusão ao debate sobre a consolidação de um Estado de Direito substancial (cf.: FERRAJOLI, 2003: pp. 13-29) e compatível com o ordenamento jurídico internacional é que permitirá chegar-se a um conceito aplicável e parcialmente deontológico de “justiça de transição” (objeto do próximo capítulo) sendo, portanto, interessante explorar a produção sobre esta questão, seguindo com a perspectiva de Linz e Stepan.

A reorganização das *liberdades da sociedade civil* tem diferentes desafios para cada tipo de transição. Enquanto num regime totalitário inexistem o Estado de Direito e a sociedade civil só existe enquanto massa, sendo necessário um completo reinício, e em uma transição desde um regime pós-totalitário as reformas no sistema jurídico igualmente serão monumentais, os regimes autoritários podem apresentar diferentes variações quanto ao respeito ao Estado de Direito. Grosso modo os regimes autoritários são compatíveis com uma ideia de Estado de Direito *formal*, cabendo ao processo transicional a consubstancialização desta situação *formal* em uma situação *material* (ou *substantiva*).

A *autonomia da sociedade política*, inobstante, é um desafio para todas as formas transicionais. Os regimes totalitários e sultanísticos desconhecem a existência de liberdade política, o que implica na necessidade de estruturação de toda uma gama de instituições funcionais *ab ovo*. Os regimes pós-totalitários podem contar com algumas estruturas civis aptas a transformarem-se em partidos políticos e darem o impulso inicial para a existência de pluralismo com autonomia. Por sua vez, os regimes autoritários toleram parcialmente a existência de oposição, o que pode garantir uma base inicial para a competição política. Ademais, muitas vezes o autoritarismo não é capaz de extinguir completamente o expecto

político nacional, sendo comum o ressurgimento de partidos e agremiações políticas após a democratização – seja por terem vivido na clandestinidade, seja por encontrarem novos seguidores.

A *estabilização de normas constitucionais democráticas*, por sua vez, traduz um desafio mais crítico. As experiências totalitárias legam constituições formais que, desde um ponto de vista material não são constituições, ou, ainda, constituições que formalmente aparentam materialidade mas que por sua ineficácia normativa restam sem efetividade, uma vez que o exercício do poder restava desconectado de mecanismos de controle efetivo. Os regimes sultaníscos, mesmo quando possuem constituições precisam garantir sua democratização e a universalização equitativa de suas normas. Os regimes pós-totalitários, bem como os autoritários, podem já viver experiências constitucionais razoavelmente vinculadas à ideia de legalidade e controle, cabendo seu aprimoramento e efetivação, ou havendo a necessidade de processo constituinte absolutamente novo. Especialmente no caso de superação do autoritarismo, e em maior grau quando o regime autoritário alterou ou substituiu a constituição original do país, surge como possibilidade o resgate da Constituição anterior, como fez a Argentina após a ditadura, ao recolocar em vigor a Constituição de 1853, alterada pelas reformas de 1866 e 1898 (cf.: SANTIAGO NINO, 1996); a abertura de um processo constituinte, como fez o Brasil em 1988; ou a reforma parcial da constituição vigente, removendo-lhe os dispositivos autoritários. Em todos estes casos há de se atentar para o problema acusado no início do parágrafo quanto a aparente materialidade da constituição e, mais especialmente, atentar para a cultura jurídica, que será determinante para a consolidação das normas constitucionais em práticas efetivas ou meramente em conteúdos simbólicos.

Após a reforma institucional do escopo constitucional, é fundamental para a democracia poder contar com uma *burocracia estável e confiável*. A mais grave situação para uma transição de regimes é aquela deixada pelo fim de um regime totalitário, quando grande parte da sociedade funcionou como informante do Estado ou ocupou carreiras públicas altamente ideologizadas. O procedimento de depuração da máquina pública pode envolver grandes alterações para o funcionamento do Estado durante a transição. A Alemanha do pós-guerra passou décadas identificando colaboradores nazistas para afastar-lhes das funções públicas e, eventualmente, os levar aos tribunais. Ainda, conforme nos aduz Elster, as

depurações ocorridas nos países ocupados chegaram a afetar 1,2% do total populacional da Bélgica, 1% da Holanda, 0,3% na Dinamarca e Hungria, 0,25% na França e 0,2% na Noruega e Áustria (2006: p.76). Algumas instituições-chave, como o Poder Judiciário, podem estar completamente contaminadas pelo regime autoritário, demandando amplas reforma.

Finalmente, uma democracia precisa de *independência entre economia e Estado*. Os autoritarismos, em geral, contam com estruturas econômicas mistas, que são funcionais em uma transição e podem ou não ser objeto de reformas, mas as transições dos regimes totalitários geralmente implicam na necessidade efetiva de organizar novos modelos de produção, sendo este um procedimento extremamente delicado, pois o plano de transferência da economia planificada no Estado para a sociedade pode implicar em desabastecimento, concentrar renda, reduzir a capacidade de gestão soberana do Estado e, ainda, desestruturar os meios de produção ao ponto de torná-los incapazes de concorrer internacionalmente, efetivamente falindo a Nação.

Do conjunto de discussões deste tópico, infere-se, quanto a primeira parte, que a classificação política dada a um regime repressivo, qualificando-o como um regime “*de exceção*” frente a uma situação de ameaça, como um regime “*de revolução popular*”, como uma “*ditadura*”, um regime “*terrorista*” ou, simplesmente, como um regime “*burocrático autoritário*”, tendem a influir sobre o tipo de tratamento jurídico a ser dado ao acervo autoritário deste regime, uma vez que tais classificações é que preencher as categorias normativamente vazias dos textos legais. Ademais, na segunda parte, verificou-se como os tipos de regime autoritário prévios a transição estabelecem limites e possibilidades ao que é possível fazer no plano político para a implementação de medidas transicionais.

Nesse sentido, antes de avançar para o tratamento da ideia-chave sobre “o que é uma democracia consolidada” e antes de definir o escopo programático e normativo do que seja uma justiça de transição, passa-se a análise dos dois mecanismos político-jurídicos mais comuns para as transições pós-autoritárias por transformação da terceira onda, típicas da parte final da segunda metade do século XX: *as eleições e os pactos*.

1.3. Procedimentos político-jurídicos para as aberturas democráticas na terceira onda

1.3.1. Definindo a terceira onda (localizando o modelo transicional brasileiro)

O início de um processo de transição pode ocorrer de diversas maneiras, pela perda de eleições (quando as mesmas existem), como ocorreu no México; pela derrota de uma das partes numa Guerra Civil, como na Atenas clássica; pela morte de um ditador, como na Espanha de Franco; por pactos entre grupos rivais, dentre tantas outras possibilidades.

Com fito de investigar e classificar transições políticas enquanto macroprocessos de relevo internacional, que são afetados por fatores internos mas também influenciados por fatores externos, estabelecendo um estudo de abrangência diversa do de Jon Elster retratado no quadro 1 apresentado no item 1.2.1, Samuel Huntington procurou afastar-se da divisão endógeno/exógeno e criou o conceito de “ondas de democratização”. Para Huntington:

“Uma onda de democratização é um grupo de transições de regimes não democráticos que ocorre num período de tempo específico e que supera significativamente o número de transições em sentido oposto. A onda geralmente também envolve liberalização ou a democratização parcial de sistemas políticos que não se tornam plenamente democráticos. [...] Cada onda afeta um número relativamente pequeno de países, e durante uma onda algumas transições ocorrem em sentido não democrático. Ainda, nem todas as transições para a democracia ocorrem durante uma onda. A História é confusa e mudanças políticas não se enquadram em quadrantes históricos herméticos, a História, além disso, não é unidirecional” (1991: p.15 - tradução livre¹⁵)

¹⁵ “A wave of democratization is a group of transitions from nondemocratic regimes that occur within a specified period of time and that significantly outnumber transitions in the opposite direction during that period of time. A wave also usually involves liberalization or partial democratization in political systems that do not become fully democratic. [...] Each wave affect a relatively small number of countries, and during each wave some regime transitions occurred in a nondemocratic direction. In addition, not all transitions to democracy occurred during waves. History is messy and political changes do not sort themselves into neat historical boxes, History is also not unidirectional.”

Desta forma, se a classificação de Elster nos auxilia a entender conflitos de legitimidade e problemas de organização social oriundos da “origem” do regime repressor e do processo de transição, o estudo de Huntington, por outro lado, nos ajuda a verificar como macroprocessos se formam em escala global. Com isso, torna-se mais fácil verificar os padrões mais comumente utilizados nas transições políticas em dado período histórico e, com isso, verificar as mudanças ocorridas na conformação jurídica entorno destes padrões políticos e, mais especialmente, o modo como a análise destas conformações e a produção normativa dela oriunda ensejam a afirmação do conceito de justiça transicional.

Huntington identifica três grandes ondas de democratização na história moderna, sendo as duas primeiras acompanhadas de refluxos (*ibidem*: pp.14-16):

1º onda (1828-1926): Estônia, Letônia, Lituânia, Alemanha Oriental, Polônia, Portugal, Espanha, Argentina, Checoslováquia, Grécia, Hungria, Portugal, Espanha, Austria, Bélgica, Uruguai, Colômbia, Dinamarca, França, Alemanha Ocidental, Itália, Japão, Holanda, Noruega, Chile, Austrália, Canadá, Finlândia, Islândia, Nova Zelândia, Suécia, Suíça, Reino Unido e Estados Unidos da América.

1º refluxo (1922-1942): Estônia, Letônia, Lituânia, Alemanha Oriental, Polônia, Portugal, Espanha, Argentina, Checoslováquia, Grécia, Hungria, Uruguai, Austria, Bélgica, Colômbia, Dinamarca, França, Alemanha Ocidental, Itália, Japão, Holanda, Noruega.

2º onda (1943-1962): Birmânia, Fiji, Gana, Guiana, Indonésia, Líbano, Nigéria, Bolívia, Brasil, Equador, Índia, Coreia do Sul, Paquistão, Peru, Filipinas, Turquia, Botswana, Costa Rica, Gambia, Israel, Jamaica, Malásia, Malta, Sri Lanka, Trinidad e Tobago, Venezuela, Argentina, Checoslováquia, Grécia, Hungria, Uruguai, Austria, Bélgica, Colômbia, Dinamarca, França, Alemanha Ocidental, Itália, Japão, Holanda, Noruega, Chile, Austrália, Canadá, Finlândia, Islândia, Nova Zelândia, Suécia, Suíça, Reino Unido e Estados Unidos da América.

2º refluxo (1958-1975): Birmânia, Fiji, Gana, Guiana, Indonésia, Líbano, Nigéria, Bolívia, Brasil, Equador, Índia, Coreia do Sul, Paquistão, Peru, Filipinas, Turquia,

Alemanha Oriental, Polônia, Portugal, Espanha, Argentina, Checoslováquia, Grécia, Hungria, Uruguai, Chile.

3º onda (1974 ao presente¹⁶): Haiti, Sudão, Suriname, Bulgária, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Honduras, Mongólia, Namíbia, Nicarágua, Panamá, Papua Nova Guiné, Romênia, Senegal, Nigéria, Bolívia, Brasil, Equador, Índia, Coréia do Sul, Paquistão, Peru, Filipinas, Turquia, Botswana, Costa Rica, Gâmbia, Israel, Jamaica, Malásia, Malta, Sri Lanka, Trinidad e Tobago, Venezuela, Alemanha Oriental, Polônia, Portugal, Espanha, Argentina, Checoslováquia, Grécia, Hungria, Uruguai, Chile, Áustria, Bélgica, Colômbia, Dinamarca, França, Alemanha Ocidental, Itália, Japão, Holanda, Noruega, Austrália, Canadá, Finlândia, Islândia, Nova Zelândia, Suécia, Suíça, Reino Unido e Estados Unidos da América.

Desta forma, a *primeira onda* caracteriza-se pela democratização de 33 países, dos quais 22 deixam de ser democráticos no primeiro reverso. A *segunda onda* verifica a democratização de 41 países, sendo classificados um total de 52 países como democráticos no período, dos quais 30 perdem tal *status* no refluxo seguinte, e a *terceira onda* agrega mais 35 países à categoria democrática, culminando com um total de 65 democracias no mundo.

Para os fins deste estudo, interessam as democratizações da terceira onda, onde está situado o Brasil. Mais especificamente, a verificação das características comuns à transição política de 16 dos 35 países que democratizaram-se durante a terceira onda: aqueles que experimentaram processos transicionais que Huntington classifica como de “transformação” (*ibidem*, pp.124-142). Essa modalidade transicional é aquela na qual:

“[...] aqueles que ocupam o poder no regime autoritário tomam a dianteira e jogam o papel central no encerramento do regime e na mudança para um regime democrático. [...] ocorreu em regimes militares bem estabelecidos onde o governo claramente controlava os meios de coerção vis-à-vis sistemas autoritários que foram bem sucedidos economicamente, como a Espanha, o Brasil, Taiwan, México e, se comparada com outros

¹⁶ O estudo é de 1992 e os dados não foram atualizados para o período 1992-2010.

estados comunistas, a Hungria.” (pp.124-125 - tradução livre¹⁷)

Em tais processos, as transformações sociais rumo à democracia não são pautadas nem pelo retorno da legalidade, nem por uma ruptura com o regime, mas sim pelo próprio regime, que estabelece o tempo, os prazos, as etapas e as condições em que se promoverão as mudanças que podem, eventualmente, conduzir a uma democracia. Neste formato de transição a ameaça de retorno a uma forma de governo mais autoritária obriga os agentes em diálogo a moderarem suas demandas e faz com que, dada a gradação, seja inclusive difícil de classificar o exato momento do final do regime opressor. No caso brasileiro em concreto, mesmo existindo clareza sobre a data limite para marcar o final do regime militar, com a eleição de um presidente civil por via indireta em 1985, persiste na literatura uma razoável divergência sobre qual a data-chave a marcar o início da democracia: se esta mesma, em 1985, ou se a promulgação da nova Constituição em 1988.

Os dois mais célebres e estudados casos de transição por transformação são o da transição “lenta, segura e gradual” do Brasil, e da transição espanhola após a morte do ditador Francisco Franco. Em ambos os casos, paradoxalmente, o processo transicional controlado pelo regime voltou a tensionar a sociedade décadas após a transição, sobremaneira pela via de pressões por *accountability* junto ao sistema jurídico, como ser verá mais detidamente no capítulo 2. Huntington anota que em tais processos, onde ocorrem reformas dos sistema autoritário rumo à democracia, podem-se perceber algumas diretrizes comuns adotadas pelo

¹⁷ “[...] those in power in the authoritarian regime take the lead and play the decisive role in ending that regime and changing into a democratic system. [...] it occurred in well-established military regimes where governments clearly controlled the ultimate means of coercion vis-à-vis authoritarian systems that had been successful economically, such as Spain, Brazil, Taiwan, Mexico, and, compared to other communist states, Hungary.”

regime, que ele define como “lições” dos processos brasileiro e espanhol (*ibidem*: p. 142 - tradução livre¹⁸):

(1) Proteja sua base política. O mais rapidamente possível posicione apoiadores da democratização em posições de poder estratégicas no governo, no partido e entre os militares.

(2) Mantenha a estrutura de legitimidade, ou seja, promova as mudanças pelos procedimentos estabelecidos pelo regime não-democrático e reafirme grupos conservadores com concessões simbólicas, seguindo num ritmo de dois passos à frente, um para trás.

(3) Aos poucos, mude a sua própria base eleitoral, a fim de reduzir sua dependência de grupos do governo que se opõem à mudança e para ampliar seu eleitorado na direção aos grupos de oposição que apóiam a democracia.

(4) Prepare-se para a ocorrência de ações extremas dos conservadores (como um golpe de Estado) -- estimule-os a tanto -- e então reprima-os sem piedade, isolando e desacreditando os oponentes mais radicais contra a mudança.

(5) Apodere-se e mantenha o controle sobre as iniciativas e processos de democratização. Sempre haja com força e nunca introduza medidas democratizantes em resposta a óbvias pressões dos grupos de oposição mais radicais.

(6) Mantenha baixas as expectativas sobre quão longe o processo pode chegar; articule um discurso de manutenção do processo em andamento ao invés de elaborar um utopia de democracia plena.

(7) Estimule o desenvolvimento de um partido responsável e moderado de oposição, que os setores-chave da sociedade (inclusive os militares) possam aceitar como uma plausível e não ameaçadora alternativa de governo.

¹⁸ “(1) Secure your political base. As quickly as possible place supporters of democratization in key power positions in the government, the party, and the military. (2) Maintain backward legitimacy, that is, make changes through the established procedures of the nondemocratic regime and reassure standpatter groups with symbolic concessions, following a course of two steps forward, on step backward. (3) Gradually shift your own constituency so as to reduce your dependence on government groups opposing change and to broaden your constituency in the direction of opposing groups supporting democracy. (4) Be prepared for the standpatters to take some extreme action to stop (e.g., a coup attempt) -- possibly even stimulate them to do so -- and then crack down on them ruthlessly, isolating and discrediting the more extreme opponents of change. (5) Seize and keep control of the initiative in the democratization process. Only lead from strength and never introduce democratization measures in response to obvious pressure from more extreme radical opposition groups. (6) Keep expectations low as to how far change can go; talk in terms of maintaining an ongoing process rather than achieving some fully elaborated democratic utopia. (7) Encourage development of a responsible, moderate opposition party, which the key groups in society (including the military) will accept as a plausible nonthreatening alternative government. (8) Create a sense of inevitability about the process of democratization so that it becomes widely accepted as a necessary and natural course of development even if some people it remains an undesirable one.”

(8) Construa um senso de inevitabilidade quanto ao processo de democratização de tal modo que ele se torne amplamente aceito como um necessário e natural curso do desenvolvimento, mesmo que algumas pessoas sigam o vendo como indesejável.

É neste contexto que surgem os dois principais mecanismos de promoção transicional utilizados pelos países que reformaram sistemas não-democráticos rumo à democracia durante a terceira onda: (i) *as eleições* e (II) *as anistias*.

O *modus operandi* destes procedimentos políticos é que será determinante para que os mesmos sejam efetivamente considerados democráticos e lícitos desde uma determinada perspectiva jurídica. Mais ainda: a capacidade da sociedade compreender estes processos, seja no momento em que ocorrem, influenciando de forma mais objetiva, seja posteriormente, já na democracia, será fundamental para a conservação das configurações por eles definidas no tempo. Assim como visto no tópico anterior, onde posto que a classificação semântico-valorativa de um regime influi no sistema simbólico dele derivado e conseqüentemente no modo como ele é lido pelo sistema do direito após este ganhar alguma independência do sistema político, o mesmo ocorrerá aqui. A capacidade dos processos de concessão de anistias e de realização de eleições em acumular legitimidade (ou gerar discursos legitimadores, mesmos que aporéticos ou falsos) será fundamental para a manutenção no tempo do poder coercitivo sobre a sociedade das medidas tomadas pelo regime autoritário enquanto controlava a transição. Ou seja: os mecanismos transicionais tendem a tornar-se parte do acervo permanente da democracia, o que é positivo, ressalvada a exceção das ocasiões em que estes mecanismos *em si* são anti-democráticos ou ferem o Estado de Direito.

1.3.2. Eleições como mecanismos transicionais

Em qualquer regime democrático moderno a existência de eleições é uma marca característica indelével e facilmente reconhecível, a tal ponto de autores como Linz & Stepan usarem como critério da definição de uma democracia consolidada a existência de eleições regulares para a alternância no poder:

“Em essência, [...] democracia consolidada [é] uma situação política onde, numa frase, a democracia passou a ser “o único jogo disponível na sociedade” [...] Quando uma tal situação se estabelece, o comportamento do novo governo, eleito em resultado da transição democrática, deixa de ser dominado pelo problema de como evitar o colapso da democracia.” (1999, p. 23).

Desta feita, não há muito o que se questionar quando a importância das eleições para as democracias, nem seria do escopo deste estudo analisar as formas e mecanismos pelos quais diferentes democracias operam diferentes mecanismos eleitorais.

O que interessa neste ponto do estudo é, por outro lado, verificar como a variável “eleições” é incluída no jogo político da transição como forma de torná-la viável, bem como, na esteira das assertivas de Huntington a pouco transcritas, como fazer para que a existência de eleições não funcione apenas como um meio de legitimar uma transição em termos que já foram predefinidos pelo regime não-democrático.

O’Donnell &Schmitter oferecem um bom início para este raciocínio ao afirmarem que:

“O anúncio por parte daqueles com autoridade na transição de que pretendem convocar eleições para cargos eletivos no âmbito nacional tem um efeito profundo. Se suas intenções convencerem e se tornar crível que os eleitores terão razoável liberdade em sua escolha – ou seja, que os partidos existentes e futuros serão livres para competir apresentando seus candidatos e que outros atores *não serão* livres para contar votos e eliminar candidaturas conforme entenderem – então as relações entre as facções e forças, dentro e fora do regime, começarão a mudar rapidamente.” (1986: p.57, grifos no original - tradução livre¹⁹)

¹⁹ “The announcement by those in transitional authority that they intend to convoke elections for representative positions of national significance has a profound effect. If their intentions are believed and if it becomes credible that voters will be reasonably free in their choices -- that is, that existing and future parties will be free to compete by putting forth alternative candidates and that incumbents will *not* be free to count votes or eliminate candidacies as they see fit -- then relations between contending factions and forces, inside and outside the regime, begin changing rapidly.”

A realização de eleições durante a transição é um fator a tal ponto relevante em regimes autoritários e totalitários onde a participação e ação social restavam criminalizadas que pode, em si, caracterizar a própria transição. Nohlen e Thibaut chegam a afirmar que “[...] em muitos países latino-americanos, as eleições não constituíram [...] o fim da transição, mas sim foram elementos centrais dos processos de democratização, influenciando fortemente em sua dinâmica” (1994, p.18 - tradução livre²⁰). O processo eleitoral permite novamente que grandes grupos políticos se formem e que pequenos grupos possam se expressar sem o risco de serem repreendidos pelo conteúdo de seu pensamento. Desta feita, em muitos casos, promover eleições é a medida mais eficiente para iniciar o processo de ressurgimento e reorganização da sociedade civil.

Especialmente em contextos onde as organizações públicas e sociais foram muito fortemente controladas pelo Estado, as mesmas tornam-se incapazes de aglutinar forças, seja pela constante suspeita de serem instituições a serviço do Estado opressor, seja pela crença geral que a população tem de que, em se envolver em alguma organização eminentemente livre, possa vir a ser penalizada pelo Estado.

A instituição de partidos que recebem do Estado não-democrático uma autorização oficial para funcionar equaciona em parte esta dificuldade, permitindo o surgimento de espaços onde a organização política é, a um só tempo, lícita e autônoma. Nesse sentido o processo necessário para realizar uma eleição minimamente livre e democrática já é, em si, a geração de um embrião para a democracia, na medida em que limita e equilibra a atuação dos grupos numa disputa balizada por regras previamente estabelecidas (mesmo que imperfeitas); estabelece mecanismos de mobilização social; conecta à sociedade com a comunidade política (que antes era isolada no sistema burocrático) e, sobretudo; permite uma ampliação significativa (e com crescimento gradual no tempo) do acesso da cidadania ao poder.

A ideia central da realização de eleições como processo para a transição é a de que, numa democracia, não existe a possibilidade de formação de consensos materiais sobre a integralidade dos temas conflituosos da sociedade, sendo necessário o estabelecimento de mecanismos de solução contingentes. O’Donnell & Schmitter trabalham a ideia de que as

²⁰ “[...] En muchos países latinoamericanos, las elecciones no constituyeron [...] el fin de la transición, sino que fueron elementos centrales de los procesos de democratización, influyendo en alto grado en su dinámica.”

eleições pós-autoritárias devem permitir a articulação social (inclusive com o antigo regime) de um “consentimento contingente” que englobe, pelo menos, o processo inicial de escolha dos ocupantes dos cargos públicos, na esperança de que, com o tempo, esse processo possa se desenvolver de forma mais completa²¹. Com esse processo, torna-se possível a desobstrução da pauta pública para o debate, iniciando-se o processo de reconfiguração do espaço público desde o plano institucional do Estado.

Outros autores dedicados ao tema da superação do legado autoritário igualmente afirmam que, mesmo para além do plano institucional, é relevante e necessário para a democracia que o processo de superação do autoritarismo permita ao máximo que temas não-consensuais sejam trazidos à público, debatidos e equacionados, sem que necessariamente promovam “reconciliações”. Payne, por exemplo, explora a categoria bastante próxima de uma “coexistência contenciosa”:

“[...] o conceito de coexistência contenciosa é tomado emprestado das abordagens da democracia deliberativa, mas enfatiza a realidade e a importância da competição sobre ideias e conflitos, sobre valores e metas. A emoção supera a razão nestes ambientes carregados [dos processos transicionais], mas não necessariamente ameaça a democracia. Consenso, harmonia e igualdade são resultados improváveis. [...] o debate contencioso aumenta as práticas democráticas provocando participação política, contestação e competição. Por estes processos torna possível desafiar publicamente atitudes, comportamentos e valores antidemocráticos na sociedade. A coexistência contingente oferece, em síntese, uma visão mais realista sobre as práticas dialogais na democracia, como ainda

²¹ “Onde as regras são, de alguma maneira, elaboradas com sucesso, elas deitam bases para um “consentimento contingente” que reforça as democracias políticas modernas. Diferentemente das teorias clássicas sobre a democracia (que eram baseadas na presunção da superioridade ética da unanimidade expressa por uma assembleia de cidadãos) ou da teoria liberal da democracia (que se baseia na presunção de que os cidadãos ativos vão eleger e tornar responsáveis representantes que podem, em troca, produzir decisões substantivamente superiores por meio de uma extensa deliberação pública entre si), as teorias contemporâneas da democracia colocam o peso do consentimento nas elites partidárias e políticos profissionais (esporadicamente sujeitos à aprovação eleitoral) que acordam entre si, não em bases éticas ou substantivas, mas quanto à norma procedimental de contingência.” (O’DONNELL & SCHMITTER, 1996: p.59 - tradução livre: “Where the rules are somehow successfully elaborated, they lay the basis for the “contingent consent” which underlines modern political democracy. Unlike classical democratic theory (which was based on the presumption of the ethical superiority of unanimity expressed by an assembled citizenry) or the theory of liberal democracy (which was based on the presumption that active citizens would elect and hold accountable individual representatives who would, in turn, produce substantively superior decisions through extensive public deliberation among themselves), contemporary theories of democracy place the burden of consent upon party elites and professional politicians (sporadically subject to electoral approval) who agree among themselves, not on ethical or substantive grounds, but on the procedural norm of contingency”)

uma melhor alternativa aos processos de reconciliação que suprimem a fala política.” (2008: p.03 - tradução livre²²)

Como na cultura autoritária o debate restava interdito, o processo democratizante precisa encontrar meios de restabelecer canais de diálogo público e, de modo geral, um amplo processo eleitoral viabiliza a consecução desta meta.

O'Donnell & Schmitter apontam, pelo menos, três conjuntos de problemas a serem enfrentados na organização de um processo eleitoral para que este possa oferecer condições mínimas para a realização de um debate que, mesmo não sendo ideal, forneça elementos para o avanço do processo democrático pelas vias institucionais e, conforme acima acrescentado, estimule à reconstrução da esfera de atuação da sociedade civil:

“Primeiramente, é necessário determinar quais partidos terão permissão para participar deste jogo. Durante a transição, isso expõe a sensível questão de como tratar aqueles partidos que são manifestamente “antidemocráticos” ou aqueles cujas concepções de democracia não são contingentes.

[...]

A segunda dimensão diz respeito a seleção da fórmula de distribuição de cadeiras entre os setores do eleitorado, bem como a correlata questão do número e do tamanho das circunscrições eleitorais.

[...]

A terceira dimensão desta listagem não-exaustiva diz respeito ao modelo de governo para o qual afluirão as eleições nacionais. As duas alternativas apresentadas historicamente vem sendo o parlamentarismo [...] e o presidencialismo.” (1996: pp.59-60 - tradução livre²³)

²² “[...] Contentious coexistence borrows from deliberative-democracy approaches, but emphasizes the reality and importance of competition over ideas and conflict over values and goals. Emotion overpowers reason in these charged environments, but it does not necessarily threaten democracy. Consensus, harmony, and equality are unlikely outcomes. [...] contentious debate enhances democratic practices by provoking political participation, contestation, and competition. Through those processes it makes possible public challenges prevailing antidemocratic attitudes, behavior, and values in society. Contentious coexistence, in short, offers a more realistic understanding of dialogic practices in democracies, as well as a better alternative to reconciliation processes that suppress political talk.”

²³ “First, it is important to determine which parties will be permitted to play this game. During the transition, this poses the sensitive issue of how to treat parties which are avowedly “antidemocratic” or whose conception of democracy is not that of contingency. [...] The second dimension concerns the formula selected for the distribution of seats within the constituencies, as well as the related one of the size and number of constituencies. [...] A third dimension in this nonexhaustive listing concerns the structure of offices for which national elections are held. The two historical alternatives have long been parliamentarism [...] and presidentialism [...].”

O primeiro problema aventado certamente é um dos mais relevantes. Durante os regimes repressivos muitos (quando não todos) os partidos são postos na clandestinidade e sofrem campanhas de difamação ideológica. Neste sentido, seu retorno à arena pública é, em si, uma sinalização clara de abertura. Na transição espanhola foram extremamente tensos os debates que possibilitaram a legalização do partido comunista. Linz e Stepan relatam que :

“[...] décadas de propaganda anticomunista, suspeitas quanto as ambições dos comunistas, e preocupações quanto à força difusa com que aquele partido contava nas mais diversas esferas da sociedade configuraram um contexto no qual era bem possível que a direita, e em especial os militares, viessem a se mobilizar contra a transição” (1999: p.123).

A problemática que se impõe é complexa, uma vez que a mais ampla abertura à participação é desejável e que alguma abertura é indispensável, mas que o grau de amplitude deste leque permanece sobre o crivo do regime que, em não abrindo o leque, empreenderá uma eleição fantasiosa, como costumeiramente ocorrem nas ditaduras.

A segunda e terceira questões trazem à pauta outra problemática: na saída do regime, a eleição pode definir o modelo de organização do Estado. Na transição brasileira a reforma constitucional ocorreu em separado da eleição presidencial, de modo a que este debate não fez parte da pauta transicional imediata, mas em outros processos a realização de eleições pode embutir a problemática seleção, num momento onde o poder do regime é amplamente maior que o da sociedade, de um modelo de Estado e de uma forma de distribuição do poder entre as regiões do país.

Em apertada síntese, os processos eleitorais, mesmo quando não plenamente livres, são estímulos para a retomada democrática, de tal feita que não apenas dão início ou ampliam o processo de rearticulação da sociedade civil, como ainda fornecem uma base de legitimidade popular (mesmo que parcial ou precária) para o novo governo, permitindo a saída dos modelos de legitimação técnica do exercício do poder (como os baseados na necessidade de manutenção da ordem ou de geração de desenvolvimento) e devolvendo a atividade de governo à esfera da política. As eleições em contextos transicionais envolvem problemáticas diversas daquelas tidas na ordinariedade da vida democrática, haja vista que a fixação das “regras do jogo” ocorre numa relação assimétrica entre os partícipes, porém,

considerando a verificação empírica de que, nas transições por transformação da terceira onde, parte do regime a iniciativa democratizante (ou pelo menos é o regime que controla este processo), a discussão sobre o processo ficará muito mais adstrita ao receio de manipulações do que a fixação de regras que conduzam a eleições artificiais. De toda a forma, o debate entorno da temática gera acúmulo de forças entre os atores pró-democratização, o que, a longo prazo, amplia sua legitimidade para negociação com o regime – mesmo que a eleição em vista não ocorra efetivamente. O problema da legitimação dos atos de poder ressurgirá, inobstante, na questão da fixação de pactos para as transições.

1.3.3. As anistias como mecanismos transicionais

As anistias foram (e ainda são) mecanismos amplamente utilizados nos processos transicionais, nos mais variados contextos. Sopesada sua ampla utilização, existe enorme polêmica sobre a aceitabilidade jurídica e a adequação da utilização de leis de anistia.

Para uma conceituação geral do que seja uma anistia, utilizarei o conceito de Freeman:

“A anistia é uma medida legal, adotada em circunstâncias excepcionais, cuja função primaria é remover, condicional ou incondicionalmente, a possibilidade e as vezes mesmo as conseqüências de um procedimento legal contra determinados indivíduos ou classe de pessoas em relação a também designados tipos de ofensas.” (2009: p.37 - tradução livre²⁴)

Segundo Mallinder, as anistias são introduzidas nos processos transicionais por quatro diferentes procedimentos (2008: p.30):

- (i) Ato discricionário do Poder Executivo;
- (ii) Negociações em um processo de paz;
- (iii) Promulgação pelo Poder Legislativo;
- (iv) Referendo Popular.

²⁴ “Amnesty is a legal measure, adopted in exceptional circumstances, whose primary function is to remove, conditionally or unconditionally, the prospects and sometimes the consequences of a legal procedure against designated individuals or class of persons in respect of designated type of offenses.”

Em todas as quadro opções (com uma possível, mesmo que improvável, exceção da última), a introdução de uma lei de anistia incorre na mesma problemática que muitas outras medidas transicionais: sua origem jurídica é contingente em relação a um processo político onde raramente existe qualquer forma de simetria de poder ou mesmo qualquer tipo de equilíbrio democrático. Neste sentido é que Elster aduz que:

“O resultado da justiça transicional é uma série de decisões legislativas, administrativas e judiciais. [...] Como é evidente, muitas destas “decisões” não refletem escolhas deliberadas entre uma série de alternativas. Nas transições negociadas, os líderes que saem podem excluir algumas opções como condição para entregar o poder. Em outros casos, algumas opções só são apresentadas quando outras foram tentadas e fracassaram. (2006, p.140 - tradução livre²⁵)

Considerando as similitudes encontradas entre o processo transicional brasileiro e o espanhol, ambos da terceira onda, conduzidos pelo regime e com aberturas em uma época similar e, ainda, considerando o fato de que em ambos os países foram introduzidas leis de anistia no mesmo período (final da década de 1970), pode ser interessante partir exemplificativamente deste caso para introduzir a problemática das leis de anistia.

Segundo Aguilar, inicia-se o processo de anistia espanhol com um decreto de graça:

“No início, medidas parciais de graça foram aprovadas, como a garantia de perdão de 25 de novembro de 1975 [...]. Como consequência deste perdão, a população prisional que era de 14.764 pessoas em 1974 recuou para 8.440 em 1975. Quinhentos e vinte e oito das mais de 6.000 pessoas libertadas estavam detidas por razões políticas” (2007: p.04 - tradução livre²⁶).

²⁵ “El resultado de la justicia transicional es una serie de decisiones legislativas, administrativas y judiciales. [...] Como será evidente, muchas de estas “decisiones” no reflejan elecciones deliberadas entre una serie de alternativas. En las transiciones negociadas, los líderes salientes pueden excluir algunas opciones, como condición para entregar el poder. En otros casos, algunas opciones se presentan una vez que se han intentado otras soluciones, y éstas han fracasado.”

²⁶ “In the beginning, partial Grace measures were approved, such as the granting of a pardon on 25 November 1975 [...]. As a consequence of this pardon, prison population went from 14,764 in the 1974 to 8,440 in 1975. Five hundred and twenty-eight of the more than 6,000 people released had been imprisoned for political reasons.”

Posteriormente, o decreto de graça parcial foi ampliado por Decreto Real, que o tornou extensivo a outros crimes “Em julho de 1976 o primeiro governo da monarquia aprovou o Decreto Real da Lei de Anistia, que cobria crimes relacionados a atos de intencionalidade política, “na medida em que estes atos não tivessem exposto a risco ou prejudicado a vida e a integridade física das pessoas”.” (*ibidem*: p.05 - tradução livre²⁷).

Apenas após este processo, chegou-se a uma anistia completa, aprovada pelo parlamento que fora a democraticamente eleito em pleito nacional livre pouco antes (cf.: LINZ & STEPAN, 1999, pp. 115-146):

“A anistia de 15 de outubro de 1977 foi a primeira lei aprovada pelo novo parlamento democrático em sua sessão inaugural, fruto das eleições de 15 de junho do mesmo ano. [...] A parte mais progressista desta medida foi incluir os crimes que envolveram derramamento de sangue ocorridos até 15 de dezembro de 1976 (data em que a Lei da Reforma Política foi aprovada).

[...]

Porém, a inclusão de dois artigos estabelecendo a impunidade para a ditadura não foi defendida por nenhuma figura pública da política nem da sociedade, e sua inclusão constitui o maior obstáculo na atualidade democrática para a revisão legal do passado Franquista”. (AGUILAR, 2007: pp.05-06 - tradução livre²⁸)

Percebe-se, no processo que conduziu a abertura espanhola que a anistia aos membros do antigo regime e seus opositores funcionou como mecanismo transição para a democracia e que envolveu pelo menos duas das formas previstas por Mallinder: o ato discricionário do executivo e a promulgação parlamentar (em um parlamento eleito democraticamente). Inobstante, o trecho final da citação de Aguilar nos remete ao problema apontado por Elster:

²⁷ “In July 1976, the first government of the monarchy approved the Real Decreto Ley de Amnistia (Royal Decree Amnesty Law), which covered crimes related to acts of political intentionality “as long as these (acts) had not endangered or harmed the lives or integrity of the people (affected)”.

²⁸ “The amnesty of 15 October 1977 was the first law approved by the new democratic parliament in its first session, the fruit of the elections on 15 June of the same year. [...] The most progressive part of this measure is that included crimes that involved bloodshed up to 15 December 1976 (date when the Law of Political Reform was passed). [...] However, the inclusion of the two articles that establish impunity in the dictatorship had not been publicly defended by any figure in politics or society, and this inclusion is now the main obstacle that today’s democracy faces on its way to a legal review of the Francoism past.”

num processo contingente e assimétrico, nem sempre todas as variáveis em jogo são efetivamente disponíveis.

O exemplo da lei espanhola também introduz outra problemática além da origem da lei: seu público alvo. Como se pode extrair do conceito acima transcrito de Freeman, as leis de anistia focam-se em indivíduos ou grupos de indivíduos determinados ou determináveis. Geralmente, e o caso espanhol não é exceção, as leis de anistia em processos transicionais de saída de regimes autoritários focam-se em (alternativa ou concomitantemente) em dois grupos (i) os presos políticos e (ii) os agentes do regime – uma guerra civil onde o poder do Estado se fragmente pode alterar este contexto.

Assim, temos *aparentemente* dois conjuntos de variáveis para mapear no estudo das anistias como mecanismos transicionais: (i) fonte e (ii) foco. Inobstante, a jurisprudência internacional gradualmente passou a operar de tal modo a mostrar que tal distinção não merece consideração, ao utilizar diferente critério: *só há relevância de perquirir a fonte quando o foco da lei confundir-se com a própria fonte*. De resto, as anistias enquanto medidas transicionais só são limitadas de forma substancial, pelo seu conteúdo.

O problema superposição de fonte e foco nas leis de anistia é facilmente verificável em diversos casos latino-americanos. Enquanto no caso espanhol o parlamento eleito democraticamente concedeu anistia a *outrem*: os presos políticos e os agentes de Estado, nos casos latino-americanos incontáveis vezes os regimes autoritários concederem anistia a *seus agentes*. Ou seja: *o regime concede anistia a si próprio*.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos fixou o precedente quanto a vedação de auto-anistias para os países das Américas condenando o Perú no caso conhecido como *Barrios Altos*, tendo no dispositivo de número 4 da sentença considerado nulas as leis de anistia do país por serem incompatíveis com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Arguntou o acórdão da Corte no seguinte sentido:

“A Corte entende necessário enfatizar que, a luz das obrigações gerais consagradas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Interamericana, os Estados Partes tem o dever de tomar as providências de toda índole para que nada seja

subtraído da proteção judicial e do exercício do direito a um recurso simples e eficaz, nos termos dos artigos 8 e 25 da Convenção. É por isso que os Estados Parte da Convenção que adotam leis que tenha este efeito, como são as leis de auto-anistia, encorem em violação dos artigos 8 e 25 em combinação com os artigos 1.1 e 2 da Convenção. As leis de auto-anistia conduzem a impunidade, razão pela qual são manifestamente incompatíveis com a letra e o espírito da Convenção Americana. Este tipo de lei impede a identificação dos indivíduos responsáveis pelas violações de direitos humanos, já que obstaculiza a investigação e o acesso a justiça, e impede as vítimas e seus familiares de conhecerem a verdade e receberem a reparação correspondente.” (item 43 - tradução livre²⁹)

Concluindo a Corte que:

“Como conseqüência da manifesta incompatibilidade entre as leis de auto-anistia e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, as mencionadas leis carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos que constituem este caso nem para a identificação e o castigo dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto no que diz respeito a outros casos de violações dos direitos consagrados na Convenção Americana acontecidos no Peru.” (item 44 - tradução livre³⁰)

É Interessante destacar que a Corte não se manifestou quanto a ilegalidade “de leis de anistia”, mas sim de (i) leis de auto-anistia que (ii) produzam impunidade quanto a violações graves contra os direitos humanos. Assim, a primeira conclusão lógica é que, quanto ao

²⁹ “La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.”

³⁰ “Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú.”

problema de autoria das leis, a norma internacional – pelo menos para os países Americanos – é a de que a autoridade responsável ou mandante das violações, em nenhuma hipótese, pode ser a autora da lei de anistia.

Ainda, quanto a matéria, a Corte repisou algo a muito consolidado na doutrina e jurisprudência sobre o Direito Internacional dos Direitos Humanos: não é possível conceder anistia a crimes contra estes direitos. A concessão de anistia, nestas situações, não configura uma anistia em sentido próprio, mas sim uma pseudo-anistia que encobre juridicamente um ato de impunidade.

Para regular a matéria as Nações Unidas editaram em 2005 o Conjunto de Princípios Atualizados para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos através da Luta Contra a Impunidade, cujo princípio 24 estabelece limites e diretrizes para a utilização de anistias em geral, com evidente aplicação à utilização deste mecanismo em âmbito transicional:

PRINCÍPIO 24. RESTRIÇÕES E OUTRAS MEDIDAS RELATIVAS À ANISTIA

Inclusive quando tiver por finalidade criar condições propícias para alcançar um acordo de paz ou favorecer a reconciliação nacional, a anistia e demais medidas de clemência serão aplicadas dentro dos seguintes limites:

- a) Os autores de delitos graves conforme o direito internacional não poderão ser beneficiados dessas medidas enquanto o Estado não cumpra as obrigações enumeradas no princípio 19 ou os autores tenham sido submetidos a julgamento diante um tribunal competente, seja internacional ou internacionalizado ou nacional, fora do Estado de que se trata.
- b) A anistia e outras medidas de clemência não afetam ao direito das vítimas a reparação previsto nos princípios 31 a 34, e não afetam ao direito de saber.
- c) Como a anistia pode ser interpretada como um reconhecimento de culpa, não poderá impor-se às pessoas ajuizadas ou condenadas por feitos acontecidos durante o exercício pacífico do direito à liberdade de opinião e de expressão. Quando essas pessoas não tenham feito mais que exercer esse direito legítimo, garantido pelos artigos 18 a 20 da Declaração Universal de Direitos humanos, e 18, 19, 21 e 22 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, uma lei deverá considerar nula e sem valor com

relação a elas toda decisão judicial ou de outro tipo que interesse; será finalizada a reclusão sem condições nem prazos.

d) Toda pessoa condenada por infrações que não sejam as previstas na parte c) do presente princípio e que entrem no âmbito de aplicação da anistia poderá rechaçar a anistia e solicitar que se revise seu processo caso não tenha obtido um julgamento imparcial e com as devidas garantias, previstas nos artigos 10º e 11º da Declaração Universal de Direitos humanos e nos artigos 9º, 14 e 15 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ou se tiver sido condenada sobre a base de uma declaração que, conforme tenha sido verificado, foi produzida como resultado de interrogatórios desumanos ou degradantes, especialmente sob a tortura. (ONU, E/CN.4/2005/102/Add.1)

Com estes parâmetros, resta claro qual pode ser, desde o ponto de vista legal, a correta medida de aplicação das anistias como medidas transicionais. A utilização indiscriminada de leis de anistia, incluso auto-anistias, durante a terceira onde acabou por produzir um enorme número de solicitações judiciais, nos planos nacionais e internacionais, de invalidação de leis de anistia que beneficiassem a agentes de Estado que cometeram crimes contra os direitos humanos durante os regimes não-democráticos, especialmente na América Latina. A literatura dedicada a este tema, inclusive, formulou teses a respeito do fenômeno, que Lutz & Sikkink definem como “efeito justiça em cascata” (2001: pp. 01-33) dado o grande volume de revisões judiciais em julgamentos por crimes contra os direitos humanos.

Finalmente, conforme se verá no capítulo seguinte deste estudo, a aplicação de leis de anistia fora dos padrões acima estabelecidos igualmente fere a outro conjunto de normativas internacionais, que configuram a obrigação do Estado em investigar e punir delitos contra a humanidade praticados por seus nacionais ou em seu território e, ainda, podem ferir princípios substanciais do estado constitucional de direito, o que leva à nulidade material por procedimento contra-majoritário de toda e qualquer anistia que objetive tornar impunes atos de violação aos direitos humanos.

1.4. O fim dos processos de transição: o que é uma “democracia consolidada”?

Sistematizando um verbete para definir “democracia”, Norberto Bobbio registra a existência de pelo menos três tradições históricas sobre o tema. A *teoria clássica*, de origem aristotélica, referida no início deste capítulo, que classifica três formas de governo apresentando uma forma virtuosa e uma corruptela e para cada uma delas, sendo a democracia a versão virtuosa do governo de todos. A *teoria medieval romana*, que vincula-se a ideia de um poder soberano sobre algo, derivado ou do povo ou do monarca. E, por fim, a *teoria moderna*, oriunda do pensamento de Maquiavel, que divide todos os governos em dois gêneros: as monarquias e as repúblicas, sendo a democracia apenas uma das formas republicanas de governo (2004: p.319).

Somente desta simples alusão já é possível identificar aquele que será um dos grandes problemas encontrados na literatura sobre as transições políticas: *conceituar o que seja uma “democracia consolidada”*.

Para formular tal conceito, boa parte dos estudos sobre a América Latina produzidos durante as décadas de 1980 e 1990 faz referência a elementos formais do processo eleitoral somados a requisitos substantivos apenas para questionar a capacidade dos países do subcontinente em garantir a existência de um sistema eleitoral funcional num contexto de amplíssimas desigualdades sociais. Importantes estudos, como o já bastante referido de Linz e Stepan que novamente será utilizado neste tópico, chegam a afirmar que a conjunção de uma desigualdade de renda brutal, uma incapacidade crônica de organizar partidos políticos estáveis e o baixo nível educacional da população fizeram com que no Brasil, após a redemocratização “*o constitucionalismo e o Estado de Direito – que nunca foram fortes na altamente desigual sociedade brasileira – enfraqueceram-se ainda mais*” (1999: p. 204), restando patente um contracenso, de afirmar que a democracia fragiliza o Constitucionalismo e o Estado de Direito.

No mesmo sentido vão inúmeros outros autores, especialmente quando enfatizam as características econômicas da região antes das reformas neoliberais da década de 1990 (cf.: STEPAN, 1988; KARL, 1986; O’DONNELL, SCHMITTER & WHITEHEAD, org.1986).

Outros, ainda, como Huntington, ao avançarem na formulação de um conceito de democracia, basicamente desconsideraram qualquer experiência que não a americana (1968).

Essas teorizações apresentam um problema crônico, uma vez que, grosso modo, tentam partir de um conceito formal de democracia como processo eleitoral para chegar a um resultado material: *o liberalismo de uma dada matriz*. Nohlen & Thibaut, ainda em 1994, advertiam que esta tentativa tendia a isolar os estudos, tornando-os desfuncionais em relação aos processos que ocorriam na realidade concreta. Vejamos como Linz & Stepan avançam nesta definição:

“Uma transição democrática está completa quando um grau suficiente de acordo foi alcançado quanto aos procedimentos políticos visando obter um governo eleito; quando um governo chega ao poder como resultado direto do voto popular livre; quando esse governo tem, de fato a autoridade de gerar novas políticas; e quando os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, criados pela nova democracia, não têm que, de jure, dividir o poder com outros organismos.” (1999, p.21)

As dificuldades de organizar uma teoria coerente sobre “democracia consolidada” tornam-se ainda maiores quando o conceito dos estudos sobre as transições são confrontados com os problemas atualmente em discussão nas ditas “democracias consolidadas”. Elster, discutindo as perspectivas (correntes e históricas) de funcionamento democrático em cenários onde a democracia direta impera, sob a égide republicana, coadunada na ideia de “um homem um voto”, relembra que, mesmo na tradição clássica, a democracia sofria limitações: “*a forma direta de democracia praticada na Atenas clássica auto-impunha-se limitações de acordo com o espírito constitucionalista*” (1999: p.34 - tradução livre³¹). E segue definindo o que é o constitucionalismo e a natureza de seu papel limitador:

“O vocábulo *constitucionalismo* alude aqueles limites sobre as decisões majoritárias; de um modo mais específico, aos limites que em certo sentido são auto-impostos. Tais limites podem apontar uma variedade de formas e ser procedimentais ou substantivos, assim como obstruir ou apenas fazer mais lento o processo de mudança

³¹ “la forma directa de democracia que se practicaba en la Atenas clásica se había impuesto restricciones a sí misma de acuerdo con el espíritu del constitucionalismo”.

legislativa.” (*ibidem*: p.34, grifos no original - tradução livre³²)

Seguindo uma concepção como a de Elster, para se chegar a uma democracia consolidada é necessário estabelecer não apenas um processo eleitoral, mas também um processo constitucional e, ainda, eleger teorias substantivas que preencham e dêem conteúdo a estes processos. Mas como pode um país saindo de um regime autoritário (quanto menos de um regime totalitário ou sultanístico), a um só tempo, produzir todos estes processos sem que eles sejam efetivamente manipulados pelo próprio regime no processo de transformação?

Ainda argumentado pela utilização do conceito de “democracia consolidada”, mas com ressalvas, Valenzuela alude que:

“[...] algo que é “consolidado” tem a qualidade de aparentemente ser imune a desintegração, há uma tendência a associar “democracias consolidadas” com a estabilidade e, por extensão, em converter a passagem de tempo sem reversão de regime e a ausência de fatores potencialmente destabilizadores como critério básico para tal consolidação democrática” (1992: p.59 - tradução livre³³).

Porém, na seqüência, atenta atenta para o perigo de distorções contido nesta ideia de considerar consolidada aquela democracia onde a alternância no poder está garantida:

“Em muitas circunstâncias é possível que governos democraticamente eleitos sucedam uns aos outros por considerável tempo sem que ocorram reversões simplesmente *em função de um cuidado dos líderes em não desafiar os atores cujo poder escapa da prestação de contas democrática*. Neste caso, o resultado estabilidade não pode ser equalizado com o progresso na criação de um regime plenamente democrático; aquilo que aumenta a estabilidade pode depreciar as próprias qualidades

³² “El vocablo *constitucionalismo* alude aquellos límites sobre las decisiones mayoritarias; de un modo más específico, a los límites que en cierto sentido son autoimpuestos. Tales límites pueden adoptar variedad de formas y ser de procedimiento o sustantivos, así como obstruir o tan solo sólo hacer mas lento el proceso de cambio legislativo.”

³³ “[...] something that is “consolidated” has the quality of being seemingly immune to disintegration, there is a tendency to associate “consolidated democracies” with the stability and, by extension, to convert the passage of time with no regime reversals and the absence of potentially destabilizing factors into the basic criteria for democratic consolidation.”

democráticas do regime. (*ibidem*, grifos meus - tradução livre³⁴)

Uma das principais características dos regimes democráticos é sua capacidade de lidar com graves dissensões sociais de modo institucional, o que pode, muitas vezes, gerar grandes crises. Num contexto de substituição de regime é, no mínimo, razoável esperar que tais crises ocorram. Ainda mais: é altamente provável que com a alteração do balanço de poder no sistema político, existam fortes reações, tanto de setores que não pretendiam ter diminuída sua esfera de poder, quanto de setores que acreditam-se insuficientemente empoderados. É em função da evidência desta mudança no balanço de poder que Huntington, nas “lições” dantes transcritas dos processos por transformação, entende ser uma medida inteligente do regime estimular as forças políticas extremistas a agirem com radicalidade, justamente por saber que tal radicalidade lhes jogará, com o tempo, para fora do processo político democrático. Neste contexto, é altamente provável que as crises ocorram e, mais ainda, que elas fortaleçam a democracia na medida que selecionam, pelas regras do jogo democrático, os atores prioritários a representarem grupamentos sociais. Evitar essas crises pode implicar em, simplesmente, superestimar a representatividade de grupos radicais (favoráveis e contrários ao regime) que ameaçam a própria “consolidação”.

Como asseverou Valenzuela, é uma ilusão associar a ausência de crises ou as sucessões regulares no poder como um sinônimo de consolidação democrática. Para formular seu conceito de “consolidação democrática”, o autor partirá dos “requisitos institucionais” para uma democracia de Dahl (1971):

- (i) liberdade de associação;
- (ii) liberdade de expressão;
- (iii) direito ao voto;
- (iv) elegibilidade para cargos públicos;
- (v) direito de competir/concorrer por votos/eleições
- (vi) existência de variadas fontes de informação;

³⁴ “In some instances it is possible that democratically elected governments may succeed one another for a considerable time without reversals simply as a result of *caution of its leadership in not challenging actors whose power escapes democratic accountability*. In this case the resulting stability cannot be equated with progress towards creating a fully democratic regime; what enhances stability may detract from the democratic quality of the regime.”

- (vii) realização de eleições livres e honestas;
- (viii) existência de instituições públicas orientadas pelas preferências do eleitorado.

Estes oito requisitos institucionais vinculam-se ao que o autor define como uma compreensão minimalista da democracia, mas, ainda assim, podem ser fraudados, razão pela qual devem existir num cenário onde não sejam detectados outros quatro “elementos perversos” (VALENZUELA, 1992, pp. 62-68):

- (i) Ausência de qualquer forma de poder tutelar sobre as decisões democráticas;
- (ii) Ausência de reserva de domínio sobre determinadas matérias³⁵;
- (iii) O processo eleitoral não deve subrepresentar ou deixar sem representação as minorias;
- (iv) Eleições livre devem ser o único meio de acesso ao poder.

Valenzuela defende, portanto, que se considere uma “democracia consolidada” todo aquele regime que atenda a um modelo mínimo de organização eleitoral (como fazem boa parte dos autores que utilizam o termo), somada a garantia de alguns direitos de liberdade essenciais a este processo. Inobstante, não avança a ponto de considerar a necessidade de respeito aos direitos humanos e fundamentais.

Linz & Stepan também partirão deste “mínimo institucional” a ele adicionando a necessidade de ajustes (i) comportamentais, (ii) de atitude e (iii) constitucionais:

“Uma transição democrática está completa quando um grau suficiente de acordo foi alcançado quanto aos procedimentos políticos visando obter um governo eleito; quando um governo chega ao poder como resultado direto do voto popular livre; quando esse governo tem, *de fato* a autoridade de gerar novas políticas; e quando os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, criados pela nova

³⁵ Destaca-se que neste caso o autor faz uma restrição a sua própria condição: “*A problemática da reserva de alguns domínios do debate democrático transicional é diferente [por exemplo, daquela reserva dada aos bancos centrais]. Elas dizem respeito a áreas da política que os altos funcionários governamentais gostariam de controlar como forma de afirmar sua autoridade ou fazer avançarem seus programas, mas que são impedidos de controlar em função de ameaças explícitas ou veladas de um regresso ao regime autoritário.*” (VALENZUELA, 1992: p.65 - tradução livre) “The problematic reserved domains of democratic transitional settings are different [from the reserves of the Central Bank, p.e.]. They pertain to areas of policy that elevated government official would like to control in order to assert governmental authority or carry out their programs, but are prevented from controlling by veiled or explicit menaces of a return to authoritarian rule.”)

democracia, não têm que, *de jure*, dividir o poder com outros organismos.” (1999, p.21)

Nessa mesma conceituação, os autores avançam na apresentação do que seriam as chaves-operacionais do conceito de democracia consolidada em três planos:

“Em termos comportamentais, um regime democrático, em um território, está consolidado quando nenhum ator nacional de importância significativa, quer social, econômica, política ou institucionalmente, despenda recursos consideráveis na tentativa de atingir seus objetivos por intermédio da criação de um regime não-democrático, lançando mão de violência ou de intervenção estrangeira, visando a secessão do Estado.

Em termos de atitude, um regime democrático está consolidado quando uma grande maioria da opinião pública mantém a crença de que os procedimentos e instituições democráticas são a forma mais adequada para o governo da vida coletiva em uma sociedade como a deles, e quando o apoio a alternativas contrárias ao sistema é bastante pequeno, ou mais ou menos isolado das forças pró-democráticas.

Em termos constitucionais, um regime democrático está consolidado quando tanto as forças governamentais quanto as não governamentais, em todo o território do Estado, sujeitam-se e habitam-se à resolução de conflitos dentro de leis, procedimentos e instituições específicas, sancionadas pelo novo processo democrático.” (*ibidem*, p. 24)

Igualmente, a concepção de Linz & Stepan só trabalha conceitos substantivos de democracia quando os mesmo são eminentemente necessários para que o processo de escolha eleitoral ocorra dentro de um padrão de normalidade razoável e seus resultados sejam respeitados. Nesse sentido, aquilo que vem sendo classificado como uma “democracia consolidada” vale-se daquilo que Bobbio define como “*um significado formal de democracia*” para elidir a necessidade efetiva de assunção de posições quanto a necessidade de escolha de critérios substantivos quanto ao que seja uma democracia e, ainda, para elidir a eleição de uma teoria do direito e da justiça que fundamente o funcionamento das instituições e sirva de parâmetro para seu controle.

Nos momentos em que são fornecidos elementos substanciais de composição de critérios pelas teorias apresentadas, os mesmos são aludidos como “critérios mínimos”, assim, ou servem para garantir o próprio processo formal de votação ou, como no caso de Linz & Stepan, reduzem a dimensão do debate sobre a formação de padrões constitucionais pós-autoritários à “*resolução dos conflitos dentro de leis, procedimentos e instituições específicas, sancionadas pelo novo processo democrático*”, sem que se reflita que o processo democrático pós-transicional, por seu próprio contexto, se não trabalhado dentro de um perspectiva igualmente “constitucional”, pode ser ensejador de novos processos autoritários ou injustos.

As teorias, neste sentido, acabam por apostar que a simples concessão do poder de voto ao povo, se não houverem manipulações, poderá gerar o processo de democratização, desconsiderando, por exemplo, a necessidade de estabelecimento de premissas contra-majoritárias (talvez pelo fato das ditaduras latino americana não terem sido, abertamente, ditaduras das maiorias). Confunde-se, portanto, a grande relevância que as eleições podem ter no processo de democratização com uma ideia substancialmente distinta, de que as próprias eleições consubstanciam a democracia, à revelia da necessidade de afirmação de um modelo constitucional que limite a esta própria democracia e permita o funcionamento em bases igualitárias de um Estado de Direito. Este processo confunde o mecanismo “eleições”, que pode auxiliar na democratização, com a própria democracia, resultando numa análise onde o bom funcionamento do mecanismo eleitoral parece traduzir um bom funcionamento democrático, coisa que só é verdadeira em parte.

Esse tipo de formulação pode até ser útil para o debate sobre “a transição”, mas não possui, de fato, maior relevância para outros dois debates: o da “justiça de transição” e o do “Estado Constitucional de Direito”.

A tentativa de despolitizar o processo transicional para tratá-lo em termos analíticos neutros faz com que a capacidade explicativa das categorias apresentadas se limite aos termos das contingências do processo de mudança do sistema político do regime, razão pela qual este estudo dividirá, deste momento em diante, a transição em dois momentos: o *momento da contingência*, onde o processo político determina o conteúdo e a medida de possibilidade de toda e qualquer ação transicional (caracterizado sobremaneira pela inserção dos dois mecanismos supra referidos no sistema político-jurídico: eleições e anistias) e o *momento da*

consolidação democrática, onde o Estado de Direito se firma e passa a conduzir prioritariamente o conjunto de medidas de justiça legal e política em substituição ao regime. Esta bipartição analítica é que fundamenta, em última análise, a qualidade distintiva que entendemos demonstrar existir entre os estudos das “democratizações” e da “justiça de transição”.

Para estes fins, o debate trazido neste tópico sobre “consolidação democrática” será tratado como “instalação de uma democracia formal”, nos termos do conceito de Bobbio:

“[...] pode concluir-se que por Democracia se foi entendendo um método ou um conjunto de regras de procedimento para a constituição de Governo e para a formação das decisões políticas (ou seja das decisões que abrangem toda a comunidade), mais do que uma determinada ideologia.” (2004: p.326)

Pressupõe-se que, sem que exista esse momento procedimental de instalação da democracia formal, não haverá espaço para a formulação de mecanismos e programas de justiça transicional – mesmo sabendo-se que alguns mecanismos tem sua instalação em momento simultâneo ao da afirmação de uma democracia formal. Assim, deste ponto em diante, o estudo passa a focar não mais os procedimentos políticos adotados pelo regime autoritário em seu *iter* para a abertura formal à democracia, mas sim o modo como a configuração de um Estado de Direito de caris democrático, pautado pelos conteúdos presentes numa constituição protetiva de determinados direitos e concorde com instrumentos jurídicos internacionais de proteção da pessoa, lerá o processo transicional passado e orientará medidas futuras dentro de um escopo ideológico mais nítido – mesmo que não absolutamente preciso – de um Estado Constitucional de Direito.

Com isso, avança-se pra a conceituação da justiça de transição, suas dimensões e suas possibilidades normativas, considerando-se, sempre, a necessária integração analítica entre os conceitos de Estado de Direito, democracia e constitucionalismo.

2. A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO COMO CAMINHO PARA O ESTADO DE DIREITO

Balisado pelo estudo do capítulo anterior, focado nas transições *em si* e nos principais mecanismos utilizados para o estabelecimento ou restabelecimento da democracia, e considerando a crítica à superposição conceitual presente na ideia de que o estabelecimento de uma democracia formal de viés eleitoral já possa significar, também *em si*, o atingimento da “democracia”, e não um mecanismo desta no contexto mais ampliado de um Estado de Direito, num raciocínio que desconsidera aspectos materiais relevantes ao debate sobre o que é uma democracia, o presente capítulo procurará conceituar o que é “justiça de transição” e qual sua relação com a ideia de um “Estado Constitucional de Direito” que é, em última análise, o tipo ideal de “democracia” que o estudo aplicará à realidade concreto em sua segunda parte.

Desta forma, adiciona-se à ideia já apresentada da “transição política” os limites e contrapesos de um sistema jurídico para que a transição possa ser vista não como o simples meio de instalação de um regime eleitoral honesto, mas também como parte do amplo processo de construção de uma democracia. Mais ainda: no presente estudo almeja-se verificar como a justiça de transição permite estabelecer distinções entre mecanismos transicionais lícito e ilícitos e, ainda, catalisa o atingimento de um tipo especial de democracia: a democracia constitucional. Para tanto, adotar-se-á uma visão substancial do que seja o “Estado de Direito”, partindo de uma concepção que vincula-se formalmente a premissa compartilhada com o ideal republicano de um “governo das leis” (cf.: BESSON & MARTÍ, 2009), mas, também, materialmente vinculada aos valores do chamado *constitucionalismo* (ou *neoconstitucionalismo*) no que concerne ao ideário de que mesmo as leis elegidas por um povo de modo democrático e sob o manto de uma constituição legítima encontram-se limitadas, apenas e tão somente, pelo próprio princípio democrático que não

podem voluntariamente afastar e pelos direitos humanos e fundamentais, que garantem o mínimo essencial de integridade e de legitimidade do sistema de direitos enquanto sistema de compartilhamento intersubjetivo.

De tal feita, buscar-se-á um conceito de “justiça de transição” pela mesma metodologia antes aplicada, na esteira de Bobbio, para a classificação das formas de governo, identificando-se a dimensão *descrita* sem deixar de explicitar a dimensão *prescritiva* do conceito.

A dimensão descritiva dos processos de transição encontra-se, grosso modo, apresentada no levantamento do capítulo 1, razão pela qual neste capítulo a ideia de “Estado de Direito” é inserida como forma de ativar um mecanismo de valoração dessas medidas, permitindo não apenas estabelecer parâmetros comparativos de desempenho entre as medidas no que toca ao atingimento de um fim, que é “a democracia” (uma vez que falar em transição necessariamente implica em falar de algo que vira outro), como também verificar a necessidade de medidas adicionais àquelas que viabilizam a própria transição, que satisfaçam dimensões próprias da ideia de “justiça” que passa a se conectar à ideia de “transição”, implicadas pela eleição de um modelo de governo e de organização do Estado que prima pela igualdade e pela promoção do conjunto de valores que se conectam ao discurso normativo dos direitos humanos, qual seja: *a democracia constitucional*.

Metodologicamente, será apresentado o processo histórico que permitiu que do conjunto de medidas transicionais empreendidas em todo o mundo insurgisse um conceito de justiça não-ideal, típico destes momentos de fluxo político entre uma visão não-democrática de mundo e uma visão democrática e pautada pela ideia da existência de direitos inalienáveis e de limitações ao poder, chegando-se a um conjunto de *dimensões substantivas* da justiça de transição, que se superpõem e interligam no contexto concreto de busca por justiça em períodos de mudança política. O acúmulo legal gerado nos processos concretos nacionais e internacionais, consubstanciado nestas dimensões e conectado a uma ideia substancial de Estado de Direito, é que permite a extração e detecção dos limites normativos impostos pela aplicação do conceito de “justiça de transição” aos casos empíricos, desaguando na afirmação da existência de um conjunto de *obrigações* dos estados nos períodos transicionais e pós-transicionais e, mais especialmente, na formulação do fundamento das políticas públicas

empreendidas no período pós-transicional para lidar com o acervo histórico e cultural dos governos autoritários no momento em que a prioridade política da sociedade deixa de ser *a transição em si* e passa a ser *a justiça da transição*. Desta forma, estes mecanismos são entendidos como uma forma de, a um só tempo, dar extensão retroativa e prospectiva ao Estado de Direito, compensando e reparando as violações do passado restabelecendo os efeitos típicos de um regime de leis justas, especialmente a igualdade perante estas próprias lei (genéricas e universais) e a previsibilidade do sistema jurídico, de modo a garantir a não repetição da violência e evitar a existência, na sociedade que entende fundar uma democracia constitucional, de um “espólio autoritário” irresoluto, composto por atos que não podem ser submetidos ao controle de legalidade do judiciário e pessoas que não podem ser processadas pelos poderes públicos da República.

Finalmente, a parte final do capítulo discute como o processo de justiça transicional, especialmente nas transições por transformação da terceira onda, tende a politizar-se, recolocando na pauta política elementos fragmentares das disputas políticas do próprio período autoritário que não restaram resolvidas no momento do fluxo político em função dos termos “negociados” da transição. A resolução de algumas controvérsias de legitimidade política em relação ao processo transicional, desde a perspectiva descritiva, nos permite valorar a qualidade e auferir a tectura atual do regime democrático, uma vez que desde a perspectiva prescritiva é evidente – como se entende demonstrar – que medidas de justiça podem sim alterar termos da transição por transformação que foram arbitrários, embora necessários para permitir o surgimento de um sistema eleitoral equitativo, dando início ao processo de estabelecimento de uma democracia substancial ainda sob a égide de um momento que a ótica democrática considera, por tudo isso, contingente.

Desta feita, o processo de justiça transicional restará, em alguns momentos, altamente politizado, uma vez que a um só tempo estabelecerá mecanismos de justiça para com o passado e também se tornará meio de disputa simbólica pelos fundamentos do direito e dos princípios de organização do sistema jurídico constitucional presente, na medida em que combate as leituras do novo ordenamento jurídico pelos olhos do regime repressor, combatendo a manutenção do sistema simbólico gerado pela própria ditadura e conservado na distensão. Considerando a característica especial dos processos por transformação da terceira onda, como o brasileiro e o espanhol, onde a transição abre espaço e dá origem a uma

“democracia constitucional”, ocorrerá, por meio da justiça transicional, um processo político não apenas de disputa dos fundamentos do direito, mas mais especificamente, da leitura histórica dos fundamentos da própria constituição e do novo ordenamento jurídico (que carrega em si o antigo!), obrigando a sociedade a enfrentar – superando ou não – as contradições inerentes a sua formação democrática pós-autoritária.

2.1. Conceituando “Justiça de Transição” historicamente

Durante o Século XX, dezenas de países atravessaram processos de transição de regimes não-democráticos para regimes democráticos. Diversos modelos políticos considerados totalitários, autoritários, pós-totalitários ou mesmo sultanísticos, com variadas formas de organização econômica, desde o evidente exemplo socialista até as economias de subsistências e dependentes, empreenderam mudanças de liberalização política, geralmente associadas com aberturas democráticas que, em um número significativo de casos, produziram estados de direito fundados na ideia de uma democracia constitucionalmente limitada e organizada entorno de alguns valores universalmente reconhecidos pelo sistema internacional como os direitos humanos.

Numa primeira leitura, poucas são as conexões possíveis entre as transições políticas experimentadas pelos países do Eixo no pós-II Guerra Mundial, os países da Ásia e África coloniais que tornaram-se independentes (embora nem sempre democráticos), os países do Sul da Europa na quadra histórica da década de 1970, as democracias latino-americanas pós-regimes militares e ditaduras subsidiadas por potências estrangeiras e, por fim, os países oriundos da divisão e abertura do antigo “bloco comunista” capitaneado pela União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, no que concerne a formulação do conceito de um dado tipo de “justiça” específico ao contexto transicional. Inobstante, existe sim um elemento comum a todas essas transições, e o modo de lidar com ele ensejou a criação de inúmeros tratados e resoluções internacionais, além de centenas de leis e processos nacionais e regionais, culminando na formulação de um conceito contingente de justiça a ser aplicado nos casos concretos. O elemento comum, de toda sorte, é negativo, trata-se do acervo de violações a regras de proteção mínimas e fundamentais dos direitos humanos cumulada com a ação estatal ou de grandes grupos organizados no território nacional voltada ao empreendimento

dessas violações. Resta de comum a todos estes processo transicionais, portanto, a necessidade de estabelecer ou restabelecer um Estado de Direito e, a um só tempo, equacionar as violações empreendidas em nome deste mesmo Estado no período de exceção e autoritarismo.

Denominou-se de “Justiça de Transição” a uma série de iniciativas empreendidas por via dos planos internacional, regional ou interno, nos países em processos de liberalização ou democratização, englobando suas políticas públicas, suas reformas legislativas e o funcionamento de seu sistema de justiça, para garantir que a mudança política seja bem sucedida e que, ao final dela, exista não apenas uma democracia eleitoral (caracterizada por eleições procedimentalmente equitativas), mas sim um Estado de Direito na acepção substancial do tema. A concepção de “justiça de transição” enquanto campo de atuação e estudos resta claríssima da definição de Bickford:

“Justiça de Transição refere-se ao campo de atividades e investigação sobre como as sociedades lidam com legados de violações e abusos contra os direitos humanos praticados no passado, atrocidades em massa, outras formas severas de trauma social, incluindo o genocídio e a guerra civil, com o objetivo de construir um futuro mais democrático, justo e pacífico”. (2004: p.1045 - tradução livre³⁶)

O autor segue apresentando a que, grosso modo, se está a referir ao usar o conceito de justiça de transição:

“O conceito é comumente entendido como uma estrutura para o enfrentamento dos abusos passados e enquanto componente de uma mais ampla transformação política. Isso geralmente envolve a combinação de estratégias judiciais e não-judiciais que se complementam, como processar perpetradores, estabelecer comissões da verdade e outras formas de investigação do passado; empreender esforços para a reconciliação em sociedades fraturadas, desenvolver programas de reparação para aqueles mais afetados por violências ou abusos, memorializar e

³⁶ “Transitional Justice refers to a field of activity and inquiry focused on how societies address legacies of past human rights abuses, mass atrocity, or other forms of severe social trauma, including genocide and civil war, in order to build a more democratic, just, or peaceful future.”

promover a lembrança das vítimas; e reformar um amplo espectro de instituições estatais que promoveram abusos (como os serviços de segurança, polícias ou setores militares) como forma de prevenir violações futuras.” (*ibidem*: p. 1045 - tradução livre³⁷)

Do ponto de vista institucional, portanto, o termo justiça de transição refere-se ao acervo de experiências empreendidas para a superação do autoritarismo, e, do ponto de vista acadêmico, a um amplo campo investigativo, por excelência interdisciplinar, que foca-se no conhecimento e avaliação destas medidas de alta complexidade para o enfrentamento do legado autoritário. Mas Bickford chama ainda atenção para outro elemento importante, alusivo a um valor agregado ao conceito: “[...] o movimento por direitos humanos influenciou fortemente o desenvolvimento deste campo, fazendo-o auto conscientemente centrado nas vítimas” (*ibidem*: p.1045 - tradução livre³⁸).

Assim, a referência a *justiça de transição* tem, notadamente, um significado diferente da referência a *transição para a democracia*, uma vez que neste segundo conceito, como visto no capítulo 1, o foco central das preocupações estará na estabilização de um sistema eleitoral razoavelmente democrático, chegando-se mesmo a confundir os requisitos essenciais de uma democracia com os procedimentos mínimos necessários a empresa de uma eleição justa.

O desenvolvimento do campo da justiça transicional, mais notadamente no que refere as experiências institucionais, gera uma fonte normativa interessante para o Direito, uma vez que o acúmulo destas experiências pode se consolidar não apenas em pareceres técnicos, experiências comparadas, acordos e tratados internacionais, e assim por diante, mas também em farta jurisprudência, tanto no plano comparado quanto, e mais especialmente, no plano internacional. Os estudos acadêmicos gradualmente puderam classificar estas experiências concretas em *dimensões* que passaram a influir no modo como os estados organizaram a inserção de novos mecanismos em seus processos internacionais e, sobremaneira, o modo

³⁷ “The concept is commonly understood as a framework for confronting the past abuse as a component of a major political transformation. This generally involves a combination of complementary judicial and nonjudicial strategies, such as prosecuting perpetrators, establishing truth commissions and other forms of investigation about the past; forging efforts toward reconciliation in fractured societies, developing reparations packages for those most affected by violence or abuse, memorializing and remembering victims; and reforming a wide spectrum of abusive state institutions (such as security services, police, or military) in an attempt to prevent future violations.”

³⁸ “[...] the human rights movement has strongly influenced the development of the field, making it self-consciously victim-centric”

como as cortes, nacionais e internacionais, passaram a verificar o cumprimento de dadas *obrigações legais*, de modo a que, nesta dinâmica de dupla face, chegou-se a consolidação de alguns conjuntos de efeitos *normativos*³⁹. É esse processo que leva Teitel a formulação de uma concepção jurídica do conceito nos seguintes termos: “*justiça de transição pode ser definida como uma concepção de justiça associada aos períodos de mudança política, caracterizada por respostas legais de confrontação as malfetorias do regime repressor precedente*” (2003: p.69 - tradução livre⁴⁰).

Verifica-se, portanto, que a ideia de “justiça” presente no termo difere daquela apresentada em conceituações abstratas de justiça, como, por exemplo, uma concepção rawlsiana (RAWLS, 2002), uma vez que o ponto de partida é eminentemente concreto e contingente, de tal feita que o conhecimento do processo genealógico da ideia de justiça de transição importa para a localização histórica de seus conteúdos, fontes de normatividade e referenciais no direito positivado, uma vez que os casos concretos de transições é que modularam, no tempo, o próprio escopo do conceito.

É praticamente consensual o “marco zero” da Justiça de Transição moderna. Segundo Elster “*A história moderna de justiça após transições para a democracia começa, essencialmente, com a derrota da Alemanha, Itália e Japão em 1945. Na Alemanha, os processo de justiça transicional começaram imediatamente depois da guerra e ainda continuam no presente*” (2006, p.73 - tradução livre⁴¹). Partindo deste mesmo precedente, Teitel decomporá em três fases a formulação de nosso conceito hodierno de justiça de transição sinalizando que, já em 1945, a inauguração da primeira fase é acompanhada de uma crítica de viés histórico a incapacidade das forças democráticas de terem estabelecido, em 1919, um processo de justiça capaz não apenas de satisfazer a justiça pretérita alusiva a primeira guerra, mas como, e de forma definitivamente mais relevante, de evitar a repetição da perpetração de crimes bárbaros:

³⁹ Para o desenvolvimento deste debate, confira-se a exposição introdutória de nosso texto “Justiça de Transição no Brasil: a dimensão da reparação” (ABRÃO & TORELLY: 2010).

⁴⁰ “Transitional justice can be defined as the conception of justice associated with periods of political change, characterized by legal responses to confront the wrongdoings of repressive predecessor regimes.”

⁴¹ “La historia moderna de la justicia luego de transiciones hacia la democracia comienza esencialmente con la derrota de Alemania, Italia y Japón en 1945. En Alemania, los procesos de justicia transicional comenzaron inmediatamente después de la guerra y aún continúan en el presente.”

“A administração do modelo de justiça transicional punitiva após a Primeira Guerra Mundial, caracterizada pelo fracasso dos julgamentos nacionais, fora deixada para a Alemanha. Visto retrospectivamente pela história, era claro que os julgamentos nacionais após a Primeira Guerra não serviram para evitar futuras carnificinas. Numa evidente resposta crítica ao passado, a justiça transicional após a Segunda Guerra Mundial começou abstendo-se de promover processamentos no âmbito nacional, procurando, em oposição, submeter as lideranças do Reich à responsabilização criminal internacional.” (2003: p.72 - tradução livre⁴²)

Assim, o nascimento da ideia moderna de justiça de transição conecta-se de forma visceral a ideia de não-repetição, elegendo a via criminal como meio eficaz tanto para a aplicação de medidas retributivas quanto para a formulação de um marco social significativo do repúdio a determinadas práticas.

A primeira fase de formulação da justiça transicional estende-se de 1945 até meados de 1970 e tem, portanto, um caráter internacionalista e punitivo, uma vez que fora necessário o afastamento da jurisdição nacional para se chegar a punição dos responsáveis pelas atrocidades perpetradas na Segunda Grande Guerra. Esse modelo de aplicação de justiça concreta tem, portanto, uma conexão umbilicar com o modelo de transição em questão. Apenas foi possível dado o completo colapso do Estado Nação que abrigou as atividades criminosas. É na primeira fase, portanto, que são mapeados aqueles que serão dois dos elementos-chave das políticas transicionais: (i) a reforma das instituições perpetradoras dos crimes com vistas à não-repetição e a (ii) responsabilização individual e punição dos delitos perpetrados em nome do regime. A primeira medida, ainda, desdobrar-se-á numa segunda: o processo de depuração da máquina pública, com a remoção dos servidores que deram suporte ao regime das funções públicas essenciais do Estado (cf.: MAYER-RIECKH & DE GREIFF (org.): 2007).

Conforme visto no capítulo 1, as transições da terceira onda não encontram similitudes com este padrão concreto, mais notadamente aquelas que, como a do Brasil, foram mediadas

⁴² “The administration of the post-World War I model of transitional punitive justice, characterized by failed national trials, was left to Germany. Seen with the hindsight of history, it was clear that the post-World War I national trials did not serve to deter future carnage. In an evident critical response to the past, the post-World War II transitional justice began by eschewing national prosecutions, instead seeking international criminal accountability for the Reich’s leadership.”

pelo próprio regime. Voltando-se ao quadro 1 neste momento, pode-se perceber que, após a primeira fase da justiça transicional, onde predomina um modelo de transição exógena, migrar-se-a a um outro modelo, estabelecendo-se um recorte cronológico onde a principal forma de transição será, por sua vez, endógena.

Enquanto a primeira fase de consolidação da justiça de transição teve como panorama concreto um conjunto de estados desmantelados sendo reconstruídos sob a égide das potências nacionais que falavam em nome da comunidade internacional, as transições da segunda fase de consolidação, situadas entre meados de 1970 e 1989, encontram como cenário uma ordem mundial em plena mutação com o declínio da União Soviética e o surgimento de um mundo multipolar, sendo que na maior parte dos casos a própria experiência anti-democrática e a transição guardam relações em alguma medida com a própria disputa bipolar entre Estados Unidos e União Soviética que chagava ao fim. Mais ainda: se em 1945 uma ampla intervenção internacional foi possível para a reconstrução dos estados beligerantes, nas transições da terceira onda a maior parte dos processos será de iniciativa e execução nacional, de modo que o restabelecimento do Estado de Direito pode contar com o direito internacional não para a promoção dos julgamentos, mas apenas como referência de parâmetros legais razoáveis a serem aplicados quando da retomada democrática. Nesta fase, as intervenções externas eram mal vistas pela própria comunidade internacional. Uma vez que as décadas da Guerra Fria tornaram comuns as intervenções externas de ordem ideológica, a política do momento era a de permitir que os próprios países em transição desenvolvessem seus caminhos para a democracia, evitando o ressurgimento de disputas locais que se ligassem as disputas da antiga ordem internacional em decomposição.

Avaliando os mecanismos adotados nesta segunda fase, Teitel assevera que:

“Em sua segunda fase, a justiça de transição reflete um balanço de valores considerados relevantes que dificilmente coincidem com os de um estado de direito ideal. Como o objetivo era promover a legitimidade, princípios pragmáticos guiaram as políticas de justiça e o senso de adesão ao estado de direito. A justiça transicional conectou-se a uma concepção de justiça que era imperfeita e parcial. O quê é honesto e justo em circunstâncias

políticas extraordinárias fora determinado pelo próprio momento transicional.” (2003: p.76 - tradução livre⁴³)

A segunda fase de consolidação da justiça transicional foi, portanto, um momento de deslocamento de ênfase. Enquanto na primeira fase a restauração/implantação de um Estado de Direito valeu-se do mecanismo punitivo para promover condenações cabais e restaurar a igualdade perante leis legítimas por via de tribunais internacionais, na segunda fase ocorrem injunções políticas de magnitude suficiente para fazer com que a alternativa penal fosse, grosso modo, interdita no plano local. É assim que, num processo típico da dialética política da vida concreta, vemos surgirem neste período outras dimensões de promoção de justiça durante o fluxo político para a democracia que virão a compor o conceito mais amplo e corrente de justiça transicional.

A impossibilidade política de levar a julgamento os criminosos de Estado no plano nacional, evitando uma prestação de contas direta nos moldes da fase um, fez com que os estados buscassem outras formas de equacionar seus débitos autoritários. Duas medidas transicionais de alta relevância são produto desta fase: (i) as reparações em escala às vítimas (que surge também como consequência do amadurecimento dos processos da primeira fase no que toca à reparação aos crimes nazistas) e (ii) o estabelecimento de comissões da verdade como forma de prestação de contas desde uma perspectiva histórica. (“*historical accountability*”).

Se a grande crítica a primeira fase focava-se na incompletude incita a se promover uma reconstrução histórica ampla do passado desde um processo eminentemente judicial (cf.: GINZBURG: 2007), a segunda fase caracteriza-se pela pluralização de formas de acesso à verdade e de construção e difusão social de memórias. Teitel conclui que esta fase caracteriza-se pela migração de uma perspectiva de prestação de contas individual (“*individual accountability*”) para o estabelecimento de processos comunitários de superação do passado, destacando a insurgência de conceitos como o da “reconciliação nacional”, que são primariamente externos ao mundo do direito:

⁴³ “Transitional justice in its second phase reflect that the relevant values in the balance were hardly those of the ideal rule of law. Where the aim was to advance legitimacy, pragmatic principles guided the justice policy and the sense of adherence to the rule of law. Transitional justice was linked to a conception of justice that was imperfect and partial. What is fair and just in extraordinary political circumstances was to be determined from the transitional position itself.”

“O projeto da verdade e reconciliação incorpora muito de seu discurso normativo de fora do direito, especialmente da ética, medicina e teologia. Seu propósito não era apenas a justiça, mas também a paz para os indivíduos e a sociedade como um todo” (2003: p. 82 - tradução livre⁴⁴)

Porém, ainda nesta segunda fase, especialmente em seu final, observaremos uma rejudicialização da justiça de transição, especialmente caracterizada pelo acionamento de tribunais internacionais para a devolução à esfera jurídica de questões tratadas no plano político durante as transições (cf.: ONU: HR/PUB/06/4; WOUTERS, 2008). Neste período experimentar-se-á uma ampla proliferação dos instrumentos de direito internacional a lidarem com a matéria, o que permitirá, inclusive, que a terceira fase genealógica da justiça de transição, iniciada em 1989 e estendida até o presente, seja considerada a fase de sua “consolidação” propriamente dita, com a estabilização de variadas fontes normativas e jurisprudenciais para a orientação das políticas e medidas de transição. Ainda seguindo com Teitel, a criação do Tribunal Penal Internacional é o sinal mais evidente da chegada a uma fase estável de desenvolvimento da justiça de transição (2003: p. 90), uma vez que estabilizam-se instituições permanentes que detêm entre suas atribuições um conjunto de previsões de ação que atendem a feitura de justiça em períodos de fluxo político.

A existência de um tribunal permanente com jurisdição ampla para tratar de questões transicionais (mais notadamente na esfera penal), somada ao suficiente desenvolvimento normativo do direito internacional e de outras fontes, faz ser possível afirmar que hoje a justiça de transição possui uma base de fundamentação consolidada, a ser aprimorada com o tempo. Da genealogia apresentada, chama a atenção o modo como a fase dois serve, duplamente, para ampliar o acervo de mecanismos disponíveis para os processos transicionais na medida em que tenta se desviar da utilização da justiça penal e, ainda, fortalece a base normativa da própria utilização da justiça penal, na medida em que essa negativa de investigar e punir leva o direito internacional a estabelecer precedentes vários sobre a existência não de uma *faculdade* de investigar e punir pelos Estados, mas sim de uma *obrigação* de investigar e

⁴⁴ “The truth and reconciliation project incorporate much of its normative discourse from outside the law, specifically from ethics, medicine, and theology. Its purpose was not merely justice, but peace for both individuals and society as a whole.”

punir crimes contra os direitos humanos, sendo apenas os demais crimes passíveis de qualquer forma de perdão (cf.: MAY: 2005).

Por todo o discutido, pode-se definir justiça de transição como o conjunto de esforços jurídicos e políticos para o estabelecimento ou restabelecimento de um sistema de governo democrático fundado em um Estado de Direito, cuja ênfase de atuação não recai apenas sobre o passado, mas também numa perspectiva de futuro. A base normativa da ideia de justiça de transição lança raízes na aplicação penalizante do direito internacional no tribunal de Nuremberg, amplia-se com as medidas de memória, verdade e reparação empreendidas mormente no plano nacional dos países que viveram democratizações durante a terceira onda e consolida-se em diversos documentos e tratados internacionais durante uma fase da qual somos contemporâneos, com o surgimento de organismos específicos para o processamento de determinadas demandas, como é o caso do Tribunal Penal Internacional. Importa ainda destacar que, por condição de seu surgimento na luta contra a impunidade e a tirania, a justiça de transição é caracteristicamente vocacionada para a promoção dos direitos das vítimas, sendo, portanto, diferente o enfoque dado a esta questão por estudos “das transições políticas” e “de justiça de transição”.

Conforme se pôde ver, as medidas de justiça transicional exorbitam aquilo do que tradicionalmente se ocupa o direito, sendo interessante verificar agora o modo como mecanismos jurídicos e políticos são equacionados em processos de consolidação da democracia e do Estado de Direito.

2.2. O problema das classificações não-substanciais: *Justiça Legal e Justiça Política* na criação e aplicação de mecanismos transicionais

Jon Elster acusa a existência de pelo menos três tipos possíveis de “instituições justiça” num processo transicional: a justiça legal, a justiça administrativa e a justiça política:

“[...] podemos representar as instituições da justiça ao longo de uma linha, com a justiça legal pura em um extremo e a justiça política pura em outro. A justiça administrativa pode ficar mais próxima de um ou de outro

extremo do espectro [...]. Ademais, a justiça legal pode ser impura, e ainda assim reconhecida como legal. Ainda, algumas formas de justiça política compartilham importantes características com a justiça legal.” (ELSTER: 2006, p.104 - tradução livre⁴⁵)

Elster claramente indica a existência de dois componentes centrais na ideia de justiça: o direito, entendido enquanto *lei formal*, e a política, entendida enquanto *deliberação da maioria*. A análise de casos concretos demonstra como há uma riqueza enorme de interações entre direito e política na resolução prática de problemas das transições. Referindo apenas um caso – que provavelmente seja o mais notório e estudado da década de 1990 – na África do Sul optou-se por anistiar violações a direitos – mesmo as contra os direitos humanos – desde que as mesmas fossem assumidas publicamente, objetivando permitir o esclarecimento histórico e a pacificação social, fortalecendo a identidade nacional pós-*aperteid*. Num processo desta natureza, claramente uma opção de *justiça política* suplanta aquilo que seria o mais lógico caminho de uma *justiça legal*: a promoção de julgamentos (sobre este caso e suas implicações, cf.: BOIS-PEDAIN: 2007).

Do acúmulo de experiências históricas e do arcabouço normativo formulado com o passar dos anos, pode-se classificar o conjunto de mecanismos de promoção de medidas transicionais em quatro grandes categorias descritivas (Cf. ELSTER: 2006; VAN ZYL: 2009, BRITO: 2009, TEITEL: 2000, BICKFORD: 2004; GENRO: 2009):

- Medidas de reformas institucionais e administrativas;
- Políticas de reconciliação, esquecimento e memória;
- Políticas de reparação às vítimas de abusos e violações;
- Alteração do sistema de justiça para o devido processamento de crimes.

Cada um destes conjuntos apresenta características próprias, porém, grosso modo, pode-se dizer que os dois primeiros conjuntos agregam um perfil mais político (traduzindo-se em medidas que dependem da aprovação da maioria, diretamente ou representada), enquanto os dois últimos um perfil mais legal (uma vez que pode-se, formalmente, depreender sua

⁴⁵ “[...] podemos representar las instituciones de la justicia a lo largo de una línea, con la justicia legal pura en un extremo y la justicia política pura en el otro. La justicia administrativa puede ubicarse más cerca de uno o de otro extremo del espectro [...]. Además, la justicia legal puede ser impura, y aun así reconocérsela como legal. Por lo demás, algunas formas de justicia política comparten importantes características con la justicia legal.”

necessidade desde o próprio ordenamento jurídico). Todas estas medidas, inobstante, possuem uma clara dimensão de efetivação substantiva de um estado constitucional de direito. Com essas constatações é possível identificar os fóruns privilegiados para a implementação de cada conjunto de medidas. Enquanto as reformas institucionais e administrativas, bem como as políticas para a reconciliação, memória e esquecimento são prioritariamente conduzidas pelos poderes Legislativo e Executivo, as políticas de reparação as vítimas tendem a ser implementadas por tribunais (mesmo quando tribunais administrativos com competência extraordinária, situados no Executivo, num modelo que a classificação de Elster definiria como de justiça administrativa legal) e a responsabilização por crimes e atrocidades, prioritariamente, processadas pelo sistema regular de justiça nacional (sendo o uso do sistema internacional um indício de ineficiência do nacional). Desta feita, não faz sentido imaginar um tribunal de qualquer natureza conduzido pelo Poder Legislativo, ou, ainda, que o Judiciário seja o agente a deliberar sobre quais reformas deve o Estado empreender para que as violações aos direitos humanos não tornem a acontecer.

Seguindo com Elster, temos que é altamente recomendável que a justiça legal seja o principal guia de ação do processo transicional, uma vez que é a ela que se referem no uso ordinário do Direito conceitos como o da *segurança jurídica* e a *legalidade*, mas que isso nem sempre é possível ou desejável quando consideras as situações concretas sobre as quais a justiça de transição deve incidir⁴⁶. Essas dificuldades se tornarão mais clara no momento em que visualizarmos os quatro elementos centrais da justiça legal pura para o autor:

1º. Leis claras:

“[...] as leis devem estar o quanto mais livres de ambigüidades possível, para reduzir o alcance da interpretação judicial.”

2º. Independência do Judiciário:

“[...] o poder judiciário deve estar isolado de outros ramos do governo. Afora alguns poucos delitos específicos, não há lugar para tribunais militares.”

⁴⁶ “[...] é possível que as violações [à justiça legal] sejam inevitáveis e, em algumas ocasiões, até desejáveis, e mesmo quando não forem nem uma coisa nem outra, ainda podem ser compreensíveis e até perdoáveis. Quando se acumulam numerosas violações ou quando se violam critérios fundamentais, se chega a um ponto, no entanto, em que a justiça legal é substituída pela justiça política”. (ESLTER: 2006, p.108 - tradução livre: “[...] es posible que las violaciones sean inevitables, y en ocasiones incluso deseables, y aun cuando no son ni una cosa ni otra pueden ser comprensibles y quizá perdonables. Cuando se acumulan numerosas violaciones, o cuando se violan criterios fundamentales, se llega a un punto, sin embargo, en que la justicia legal es reemplazada por la justicia política.”)

3º. Juízes imparciais:

“[...] os juízes e os jurados devem ser imparciais em sua interpretação da lei. Minimamente, devem evitar distorcer o significado da lei para justificar uma decisão que tenham tomado previamente por motivos extra-legais. [...] Na justiça de transição, os juízes e os jurados, não menos que os legisladores, ilustram a afirmação de Seneca de que “a ira quer que se tenha por justo o que se julgou”. Nestes casos, a parcialidade resultará de uma excessiva severidade.”

4º. Obediência do Devido Processo Legal:

“[...] a justiça legal deve acolher os princípios do devido processo legal, fundamentalmente:

Audiências públicas e de contestação;
O direito de escolher advogados;
O direito recursal;
A irretroatividade da lei;
Respeito aos prazos prescricionais;
Determinação de culpabilidade individual;
Presunção de inocência que coloque o ônus da prova sobre a parte acusadora;
O direito a um julgamento rápido (a morosidade da justiça é uma denegação de justiça)
O direito a devida deliberação (a aceleração da justiça também é uma denegação de justiça)” (ELSTER: 2006, pp.107-109 - tradução livre⁴⁷)

A definição de justiça legal é formatada desde a perspectiva de uma democracia em funcionamento pleno, com o império do direito consolidado. É isso que situa a tipologia de Elster – como assume o próprio autor – em um plano necessariamente ideal, pois no Século XX é raro identificar algum processo de transição que não parta de um documento

⁴⁷ **1º. Leis claras:** “[...] las leyes deben estar lo más libres de ambigüedad que sea posible, para reducir el alcance de la interpretación judicial.”; **2º. Independência do Judiciário:** “[...] el poder judicial debe estar aislado de las otras ramas del gobierno. Más allá de unos pocos delitos específicos, los tribunales militares no tienen lugar.”; **3º. Juízes imparciais:** “[...] los jueces y los jurados deben ser imparciales en su interpretación de la ley. Como mínimo, deben evitar distorsionar el significado de la ley para justificar una decisión que hayan tomado previamente por motivos extralegales. [...] En la justicia transicional, los jueces y los jurados, no menos que los legisladores, ilustran la sentencia de Séneca de que “la ira quiere que se tenga por justo lo que ha juzgado”. En estos casos, la parcialidad da como resultado una excesiva severidad.”; **4º. Obediência do Devido Processo Legal:** “[...] la justicia legal debe acogerse a los principios del debido proceso, fundamentalmente: Audiencias públicas y de oposición; El derecho a elegir abogado defensor; El derecho de apelar; Irretroactividad de la ley; Respeto de los plazos de prescripción; Determinación de la culpabilidad individual; Presunción de inocencias que coloque la carga de la prueba en la parte acusadora; El derecho de audiencia rápida (el retraso de justicia es una denegación de justicia); El derecho a la debida deliberación (la aceleración de la justicia también es una denegación de justicia).

constitucional e de um sistema jurídico-político prévio, que definia os critérios de legalidade de forma estrita mas, mesmo assim, ilegítima. Numa concepção positivo-normativista⁴⁸ os dois conjuntos de medidas transicionais relativos à reparação das vítimas e a responsabilização de criminosos de Estado ficam severamente prejudicados, uma vez que, em muitos casos, o sistema de justiça e o próprio Direito foram alterados para justificarem formalmente a perseguição das vítimas, para beneficiar os criminosos, ou, ainda, o próprio regime inseriu no ordenamento medidas de impunidade, com esperança que a positivação de tais medidas as legitimasse no ordenamento. Tais fatos geram aberrações jurídicas onde “a forma da lei” prejudica a própria substância do direito.

Cria-se assim, para a efetivação do grupo de medidas mais diretamente afeito ao campo jurídico, uma dificuldade adicional, pois sem uma definição substantiva de *Estado de Direito*, que oriente uma interpretação (inclusive constitucional) própria para a solução de controvérsias tipicamente transicionais, a efetivação de qualquer medida será brecada pelo choque com a legalidade anterior. Afastando-se a perspectiva normativista e buscando uma análise na ciência política podemos melhor situar essa meta-problemática:

“[...] restaurar o estado de direito é, talvez de modo surpreendente, mais fácil em países onde o sistema legal não possuía nenhuma autonomia durante o período autoritário (Chile e Argentina) do que em países que passaram por formas semi-legais de autoritarismo e que experimentam grande continuidade entre o autoritarismo e a democracia (Brasil e México). O é assim pois nos casos em que o autoritarismo alterou a estrutura do estado de direito é quase impossível aplicar retroativamente o estado de direito com relação ao período prévio à

⁴⁸ Barroso define uma concepção positivo-normativista da Constituição, que conseqüentemente vincula o ordenamento jurídico, estabelecendo sua oposição com uma concepção sociológica, nos seguintes termos: “Na vertente oposta situa-se a concepção estritamente jurídica da Constituição, vista como lei suprema do Estado. Ligada ao positivismo normativista, essa corrente teve seu ponto culminante na elaboração teórica de Hans Kelsen, considerados um dos maiores juristas do Século XX. Em busca de um tratamento científico que conferisse “objetividade e exatidão” ao Direito, Kelsen desenvolveu sua *teoria pura*, na qual procurava depurar seu objeto de elementos de outras ciências (como a sociologia, a filosofia), bem como da política e, em certa medida, até da própria realidade. Direito é norma; o mundo normativo é o do *dever ser*, e não o do *ser*. Nessa dissociação das outras ciências, da política e do mundo dos fatos, Kelsen concebeu a Constituição (e o próprio Direito) como uma estrutura formal, cuja nota era o caráter normativo, a prescrição de um *dever ser*, independentemente da legitimidade ou justiça de seu conteúdo e da realidade política subjacente.” (2009, p.79).

democratização.” (AVRITZER: 2005, p.105 - tradução livre⁴⁹)

O que constata Avritzer é que, em países como o Brasil, onde o sistema da repressão instalou-se fundado em amplos consensos não-democráticos de variadas elites civis e militares o sistema de legalidade e a cultura jurídica restam afetados. A herança não fica restrita apenas a produção legislativa e judicial do período, mas também a produção de cultura, e a cultura é referencial-meio necessário para qualquer forma de interpretação.

No mesmo sentido das conclusões de Avritzer serão as conclusões de Pereira, que em extensa pesquisa de excelência acusa o consenso entre elites judiciais e militares brasileiras como uma das principais razões para a existência no país – diferentemente do ocorrido nos vizinhos sul americanos que também viveram sob regimes repressivos – de uma farta utilização de meios “legais” para o processamento de criminosos políticos. Partindo de Pereira, temos que o processo transicional brasileiro pode ter sido capaz de instalar novas leis, mas não foi capaz de alterar a leitura autoritária dada a outras, ainda carecendo, portanto, de esforços substanciais no que concerne a mudança de mentalidades que permita a revisão do passado autoritário numa narrativa democrática, que depende de ajustes tanto na seara jurídica, com o afastamento de leis formalmente válidas mas ilegítimas, quanto no que diz respeito a produção política de consensos sobre o passado, com a criação de mecanismos transicionais de obtenção de informações e produção de verdades socialmente legítimas. É em sentido coerente com este que o autor aponta que:

“[...] não é surpreendente que a transição democrática brasileira careça tanto de comissões de verdade quanto de julgamentos. Esse resultado é bem conhecido, mas o que é menos reconhecido é como os militares e o judiciário ativamente defenderam o *status quo* no Brasil, configurando uma transição onde uma amnésia simulada – combinada com o orgulho evidente do passado autoritário

⁴⁹ “[...] restoring the rule of law is, perhaps surprisingly, easier in the countries in which the legal system did not have any autonomy during the authoritarian period (Chile and Argentina) than in countries that passed through a semi-legal form of authoritarianism and experienced greater legal continuity between authoritarianism and democracy (Brazil and Mexico). This is so because in the cases in which authoritarianism changed the structure of the rule of law, it is almost impossible to enforce retroactively the rule of law in relation to the period previous to democratization.”

– estavam a ordem do dia.” (PEREIRA: 2000, p.162 - tradução livre⁵⁰)

A dificuldade de lidar com o passado de modo, a um só tempo, afirmativo da democracia e juridicamente legal, extrapola a capacidade explicativa de um conceito formal de Estado de Direito que vislumbra o *império do direito* como um simples *império da lei*, pois valendo-se de tal metodologia silogística de associar diretamente “lei” e “direito” acaba-se por inserir no direito todo um conjunto de regras e valores autoritários incluídos de modo ilegítimo no ordenamento pelo próprio regime, de modo a que o poder judiciário funcione como mecanismo de perpetração do autoritarismo no tempo, reiterando práticas supostamente superadas pelo consenso político social na democracia.

O mesmo problema enfrentado pelos países da América do Sul, sacrificada por violentos regimes de direita, foi enfrentado pelos países do antigo Bloco Comunista, que viveram experiências revolucionárias de esquerda que igualmente não foram capazes de compatibilizarem-se com a democracia, violando massivamente garantias fundamentais e direitos humanos. Apenas exemplificativamente, justifica-se ilustrar esta situação com breve passagem da pesquisa de Herman Schwartz, que focou a criação e atuação dos tribunais constitucionais nos países do antigo bloco soviético e como eles enfrentaram os problemas políticos com implicações jurídicas, sobretudo civis, penais e administrativas:

“Em três destes países [do antigo Bloco Comunista] – Polônia, Hungria e Bulgária – as cortes constitucionais tiveram de enfrentar o cruel dilema de lidar com o passado: colidindo a pressão por respostas quanto aos abusos do passado e a necessidade de avançar rumo ao futuro. De um lado, é importante que malfeitores sejam punidos; eles certamente não devem ser autorizados a manterem-se com os ganhos de obtiveram de suas malfeitorias. Ainda mais, permitir que eles se mantenham em funções públicas pode sabotar a própria transição para a democracia. Do outro lado, buscar estes malfeitores pode custar aos países muitos de seus escassos recursos administrativos, gerenciais e outros talentos; pode ainda penalizar muitos que não foram mais culpados do que

⁵⁰ “[...] its is not surprising that Brazil’s democratic transition lacked both a truth commission and trials. This outcome is well known, but what is less recognized is how military and judiciary actively defended the status quo in Brazil, thus shaping a transition in which a feigned amnesia – combined with overt pride in the authoritarian past – was the order of the day.”

outros que sairão ilesos; pode produzir uma caça as bruxas; e pode abrir espaço para chantagens, especialmente quando parece difícil evitar o vazamento e o mal uso de arquivos que geralmente são incompletos, pouco precisos ou mesmo falsos. Há ainda o perigo do estabelecimento de culpa por associação.” (SCHWARTZ: 2000, p.234 - tradução livre⁵¹)

Na análise do autor, o papel das cortes constitucionais foi fundamental para que se pudesse frear um processo político de vingança contra os integrantes do antigo regime por meio do uso da premissa contra-majoritária e de valores substanciais de um Estado de Direito sem que, por outro lado, isso implicasse em não promover justiça. Coube as cortes o papel de, valendo-se das ideias do império do direito e de conceitos substanciais de justiça, balizados pela razoabilidade que se espera sempre presente na decisão de assuntos delicados, estabelecer os parâmetro *de direito* para a promoção de medidas reparatórias e, especialmente, de medidas restritivas de direitos:

“Muitas destas questões chegaram as cortes constitucionais da Polônia, Hungria e Bulgária, requerendo-lhes lidar com questões reparatórias, com esforços de depuração, com perseguições criminais por ações que ocorreram anos, as vezes décadas, no passado, e com a abertura dos arquivos secretos da polícia. Em geral as cortes contiveram o impulso de vingança bloqueando alguns dos mais dúbios esforços para punir antigos oficiais do Partido Comunista, pessoal dos serviços de segurança e seus colaboradores. As cortes limitaram a abrangência de muitas dessas medidas as vezes desleais, autorizando apenas aqueles que se focassem especificamente nos malfeitores e limitando a abertura de

⁵¹ “In three of these countries – Poland, Hungary and Bulgaria – the constitutional courts have to deal with the cruel dilemma of dealing with the past: the clash between the pressing need to respond to the abuses of the past and the need to move forward. On the one hand, it is important that wrongdoers be punished; they should certainly not be allowed to keep their ill-gotten gains. Moreover, allowing them to retain public office may sabotage the transition to democracy. On the other hand, going after the wrongdoers may cost these countries much of their scarce administrative, managerial, and other talent; it may penalize many who are no more guilty than others who are left unscathed; it may produce witch-hunts; and it may provide opportunities for blackmail, especially since it seems very difficult to prevent leaks and others misuse of files that are often inaccurate incomplete, and even falsified. There is also the danger of guilt by association.”

arquivos.” (SCHWARTZ: 2000, pp.234-235 - tradução livre⁵²)

A análise de Schwartz permite a identificação da difícil inter-relação entre as políticas de justiça transicional necessárias a consolidação democrática e a promoção de justiça em parâmetros razoáveis de uma democracia constitucional. De um lado, não promover justiça significa postergar infinitamente o conflito (confira-se, por exemplo, o caso francês.: BANCAUD: 2009), de outro, promover apenas “justiça política” pode seccionar a sociedade e causar revolta popular contra as instituições, que continuarão sendo vistas como parciais e arbitrárias, perdendo-se a oportunidade de aproveitar a aplicação de medidas de transição para favorecer o processo democrático. De um lado, os maiores problemas da justiça transicional no antigo bloco comunista dizem respeito ao funcionamento das instituições públicas, que devem passar a trabalhar para a proteção da cidadania, e não mais para a segurança do Estado e da revolução, e as formas de reorganizar toda a sociedade para a volta da existência da propriedade privada. De outro, inobstante, naqueles países é o próprio processo de transição que inaugura (ou re-inaugura) algumas instituições de papel central na democracia, como as cortes constitucionais, diferentemente do que ocorreu na América do Sul, onde tais espaços existiam previamente e foram contagiados pelo regime autoritário.

Quando retornamos o olhar para a América do Sul temos, portanto, um outro problema: a perpetração de crimes em massa pelo Estado, sob a proteção de formas perversas de legalidade formal, sob o comando de instituições permanentes da estrutura estatal que sobrevivem (com ou sem reformas) a própria transição política. Se no antigo bloco comunista os serviços secretos de segurança que agiam contra os cidadãos do próprio estado puderam ser desativados, nos países onde ocorreram golpes militares não se faz possível extinguir as forças armadas e os serviços de polícia, apenas reformá-las.

É nesse sentido que as ditaduras do leste europeu foram menos preocupadas em inserir os processos de repressão política em um contexto legal, uma vez que tais processos eram conduzidos, em boa medida, por instituições que independiam de um conceito de legalidade

⁵² “Many of these issues have reached the constitutional courts in Poland, Hungary and Bulgaria, requiring them struggle with restitution issues, lustration efforts, criminal prosecutions for actions that took place years and even decades ago, and the disclosure of secret police files. By and large the courts have restrained the impulse for revenge by blocking some of the more dubious efforts to punish former Communist Party official, security service personnel and their collaborators. The courts have limited the scope of many of these often unfair measures, allowing only those that are focused on the specific wrongdoers and limiting file disclosure.”

para existirem, uma vez que os principais braços operacionais da repressão funcionavam numa zona de penumbra, controlada de modo eminentemente político.

Uma rápida visualização do quadro abaixo demonstra como, diferentemente, as políticas de repressão atravessavam transversalmente diversas instituições permanentes do Estado de Direito nas ditaduras da América do Sul, fomentando um quadro de maior “formalização” da repressão, que introduz seus meios, processos e valores de modo objetivo no ordenamento jurídico que restará parcialmente vigente no período pós-autoritário. Notoriamente o caso de maior “legalização” do regime anti-democrático será o brasileiro.

QUADRO 02: Características da legalidade autoritária no Brasil, Chile e Argentina

Características da legalidade autoritária no Brasil, Chile e Argentina			
Características	Brasil (1964-1985)	Chile (1973-1990)	Argentina (1976-1983)
Declaração de Estado de sítio à época do golpe	não	sim	sim
Suspensão de partes da antiga constituição	sim	sim	sim
Promulgação de nova constituição	sim	sim	não
Tribunais militares usados para processar civis	sim	sim	não
Tribunais militares totalmente segregados dos civis	não	sim	sim
Habeas Corpus para casos políticos	1964-1968 1979-1985	não	não
Expurgos da Suprema Corte	algumas remoções e aumento do número de juízes	não	sim
Expurgos no restante do judiciário	limitado	limitado	sim
Revogação da inamovibilidade dos juízes	sim	não	sim
Fonte: PEREIRA: 2010, p.58.			

Resta evidente que os regimes sul-americanos envidaram esforços de grande monta para a produção de um aspecto formal de legalidade para suas ações, emprestando à infâmia um ar de legitimidade estatal. Não ocorre, por exemplo, uma extinção do Poder Judiciário, ou sua transformação em um “tribunal popular” de natureza exclusivamente política, mas sim um permanente processo de filtragem e depuração ideológica, com a exclusão das opiniões divergentes as do regime, de modo a que perca-se a capacidade de interpretação divergente, num processo que deita raízes ao longo do tempo, uma vez que gera consensos falsamente democráticos que podem se reproduzir longamente, atingindo inclusive o presente. Ainda, os governos autoritários latino-americanos, grosso modo, não operaram a margem de uma constituição, mas sim sob a égide de uma constituição por eles próprios imposta ou reformatada. Tudo isso, como é possível extrair da leitura do quadro 2, é ainda mais intenso no Brasil.

Cria-se, assim, um processo que separa radicalmente a *lei formal* de qualquer conceito democrática e constitucionalmente aceitável de *direito e justiça*, formando-se uma justiça legal que é politicamente ilegítima e juridicamente, a contrário senso do que indicaria uma lógica rasa, ilegal. É este hiato de legalidade da justiça formal que desafia o Estado de Direito que surge da transição e que, portanto, demanda de forma severa uma solução transicional que não terá por objetivo, por exemplo, a estabilidade do novo governo democrático (já conquistada), mas sim a obtenção de soluções jurídicas para os problemas de legalidade criados desde a própria lei autoritária e, conseqüentemente, de justiça para com o passado, restabelecendo pontes de legalidade que permitam uma transição jurídica entre o autoritarismo e a democracia que fortaleça essa, e não aquele.

Num outro quadro comparativo, é possível verificar como os três principais países da região aplicaram medidas de justiça transicional, em suas quatro distintas dimensões, estabelecendo ou reconhecendo obrigações jurídicas com vistas a lidar com o acervo autoritário que receberam das ditaduras⁵³. A visualização do quadro serve para que, de modo sistemático, se possa perceber a aplicação de medidas políticas e legais materiais de correção de deformidades formais, como a reversão de leis de impunidade, o afastamento da jurisdição

⁵³ Vale lembrar que, diferentemente do que ocorreu no leste europeu, na América do Sul os processos transicionais foram significativamente lentos, e ainda mais especialmente lento no Brasil. Nas palavras de Ciurlizza: “Um denominador comum dos processos de justiça de transição na América Latina é sua longa duração, com retrocessos e avanços.” (CIURLIZZA: 2009, p.25).

das cortes militares sobre a população civil, os processos de depuração das instituições públicas e, ainda, a identificação e reconhecimento por parte do Estado da existência de vítimas a serem reparadas e assim por diante.

QUADRO 03: Comparação de resultados da Justiça Transicional: Brasil, Chile e Argentina

Comparação de resultados da Justiça Transicional: Brasil, Chile e Argentina			
Questão	Brasil	Chile	Argentina
Anulação da auto-anistia militar	não	seletiva	sim
Civis isentos da justiça militar	não	não	sim
Expurgos do Judiciário	não	não	sim
Manutenção da Constituição promulgada pelo regime militar	não: nova constituição aprovada em 1988	sim: algumas reformas em 1990	não: restabelecimento da Constituição de 1854, posteriormente substituída em 1994
Dirigentes dos regimes autoritários levados a julgamento	não	sim	sim
Outros responsáveis levados a julgamento	não	sim	sim
Comissões da Verdade oficiais	não	sim	sim
Indenização das vítimas	sim	sim	sim
Expurgos na polícia e nas forças armadas	não	não	sim
Fonte: PEREIRA: 2010, p.238.			

As medidas postas no quadro tornam evidente as deturpações existentes na legalidade formal imposta pelo regime e a necessidade de avançar com os processos de justiça transicional e, ainda, dá substrato empírico a antes referida tese de Avritzer, pontuando a maior dificuldade na reforma dos sistemas de justiça nos países onde o judiciário (e as instituições em geral) tiveram maior aderência ao autoritarismo, caso do Brasil, do que naqueles onde o regime teve de confrontar as instituições que contra ele se levantaram.

As medidas apontadas também permitem verificar como a alteração do discurso semântico valorativo sobre o passado, adequando a formulação da narrativa história a um contorno democrático, facilita a adoção de medidas transicionais. Tanto na Argentina quanto no Chile aqueles que empreenderam “medidas de repressão” contra “terroristas” foram, posteriormente, julgados por crimes contra os direitos humanos. Igualmente podemos verificar como as categorias se re-ajustam com a maturação da mudança política, tomando agora como exemplo a indenização de vítimas que eram, do ponto de vista da legalidade formal da repressão, criminosas (no jargão mais comum da América do Sul: os “*subversivos*” e “*terroristas*”). Qual a razão para reparar? É medida legal ou política a remoção do óbice formal que estabelece, em uma perspectiva eminentemente positivista, uma pressuposta legitimidade do Estado para a empresa das perseguições pretéritas, a época classificadas como medidas administrativas legais, e hoje vistas como perseguições criminosas?

Todo o processo de transição é eminentemente político, mas as ações de Estado necessariamente fundam-se em bases jurídicas quando as transições pretendem desembocar em democracias constitucionais orientadas pelo Direito. A ilustração com casos concretos demonstra, em boa medida, como a distinção político *versus* jurídico, neste contexto, deve ser matizada por outros elementos. Assim, caracterizada a peculiaridade do momento transicional e do choque de legalidades formais e materiais dele decorrentes, é necessário avançar na obtenção dos fundamentos da ideia de “Estado de Direito” utilizados para a implementação das medidas transicionais, uma vez que o que se verifica aqui é que a aplicação das medidas transicionais supra apresentadas desemboca em uma grande tensão na base da ideia do que seja um *Estado de Direito*, forçando os limites do conceito formal até um ponto onde este perde completamente sua capacidade explicativa e prescritiva, passando a gerar incoerências lógicas radicais, como aquela que faz do princípio da legalidade não uma garantia para o processamento justo, mas sim um pressuposto de impunidade em favor daqueles que romperam com a própria legalidade que o princípio entende proteger.

Para resolver tal tensão, passa o estudo a focar-se na análise do próprio conceito de Estado de Direito numa democracia constitucional para poder chegar a uma definição que não seja meramente formal e permita uma distinção que seja, a um só tempo, legalmente válida e politicamente legítima, entre Direito e arbítrio. Este conceito deve ser, portanto, aplicável na solução das controvérsias que se exacerbam ao máximo nos debates dos períodos

transicionais. Somente um conceito substancial de Estado de Direito, orientado para a democracia, será capaz de solucionar, pela via hermêutica, as aparentes antinomias entre legalidade formal e mudança política que surgem como produto da superação regimes autoritários, uma vez que é este o conceito operativo que conecta direito e política de forma reciprocamente limitada, permitindo a obtenção de parâmetros razoáveis de ação legítima.

2.3. Superando a separação estrita entre *justiça legal* e *justiça política*: para uma concepção substancial de Estado de Direito numa democracia constitucional

Se as experiências não-democráticas foram capazes de traumatizar a sociedade mundial no Século XX, não se pode deixar de registrar o esforço empenhado e o êxito obtido na estruturação de alternativas sustentáveis para a manutenção da democracia no longo prazo. A reestruturação dos Estados nacionais e a criação de um sistema internacional com capacidade de ação são, sem dúvida alguma, dois dos mais exuberantes produtos da superação dos legados de arbitrariedade e violação de direitos.

No plano dos Estados nacionais, verifica-se a consolidação de uma visão democrática e igualitária do funcionamento das instituições públicas, com significativa expansão das atribuições e possibilidades de ação do sistema de justiça, seja na promoção da democracia, seja na defesa contra-majoritária das liberdades individuais. Ao conjunto destes processos, no campo jurídico-político, deu-se o nome de “neoconstitucionalismo”, em oposição geral as antigas ideias sobre o que era e para que servia uma Constituição.

Barroso define três grandes marcos para situar o neoconstitucionalismo:

“(i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do Século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.” (2007, p.20)

Esta classificação, que parte da verificação empírica para a elaboração teórica, demonstra de forma inequívoca a superação da ideia de que a lei, enquanto texto escrito, poderia conter tudo o que é Direito e, mais, a superação da ideia de que o Direito, enquanto prática social, possa conter *a priori* todas as respostas necessárias aos problemas de Justiça. A ideia de Estado de Direito, nesses termos, afasta-se da noção de *império da lei* e aproxima-se da noção de *império do Direito*, conectando-se também a teoria democrática por meio do ideário de que a Constituição aproxima direito e democracia no Estado Constitucional de Direito.

Tal elucubração torna-se extremamente útil para este estudo, uma vez que, situando-se a consolidação do Estado Democrático de Direito no final do Século XX, em última análise, fala-se da consolidação de um Estado de Direito que em muitos casos é pós-transicional e pretende-se mais democrático do que é. O instrumento para a permanente democratização que tal pretensão enseja será, entre outros, a própria Constituição, que permeada de princípios permite uma releitura tópica permanente da inter-relação entre as questões de Direito e as questões da Política, sanando em parte a problemática separação que o Direito teve não apenas com a Política, mas também com a Moral e a Ética na idade moderna⁵⁴.

A Constituição, nesse contexto, tem um papel totalmente novo, devido a sua capacidade de mediar as relações entre Direito e Política nos mais variados níveis, seja em seu uso propriamente normativo, seja em seus mais variados usos simbólicos, seja nos processos de comunicação que permitem a entrada de demandas políticas no sistema jurídico, onde poderão seguir apenas como simbolismos ou efetivamente ganhar normatividade (NEVES: 2007), a depender das concepções políticas de justiça a serem adotadas pelo Poder Judiciário.

Barroso define essa tensão que surge na aplicação, sobretudo dos princípios, como uma tensão entre “*a norma e a realidade*”, “*da qual derivam as possibilidades e os limites do direito constitucional*” (BARROSO: 2009, p.80). Essas leituras afirmam a existência de

⁵⁴ A esse respeito, afirma Barroso: “*O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. Em certo sentido, apresenta-se ele como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não se trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesto, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer a impossibilidade de tratá-los como espaços totalmente segmentados, que não se influenciam mutuamente.*” (2007, p.06)

independência entre Direito e Política, sem negar a interconexão entre ambos. Neves trabalha a ideia da Constituição enquanto “acoplamento estrutural” entre os sistemas do direito e da política, o que lhe conduz a conceituar propriamente a existência, no Estado de Direito, de mecanismos para que o sistema político intervenha democraticamente na seara jurídica e vice versa:

“Através da Constituição como acoplamento estrutural, as ingerências da política no direito não mediatizadas por mecanismos especificamente jurídicos são excluídas, e vice-versa. Configura-se um vínculo intersistêmico horizontal, típico do Estado de Direito. A autonomia operacional de ambos os sistemas é condição e resultado da própria existência desse acoplamento.” (NEVES: 2007, p.98)

Da síntese entre o extraído de Neves e Barroso, temos que o direito constitucional, conforme entendido atualmente, forma um campo de articulação de leis e valores próprios, que gera normas a serem aplicadas no mundo concreto. Existe assim uma autonomia do direito em relação à política e uma limitação do direito em relação à realidade. Tem-se assim, na resolução constitucional de casos concretos e, conseqüentemente, na jurisdição constitucional, um duplo processo de legitimação, oriundo da legitimidade política do autor do texto legal e do aplicador da norma, que atuam em momentos diferentes atualizando historicamente o projeto constitucional do país. Disso tudo decorre a inoperância de qualquer projeto hermenêutico que procure extrair sentido *da lei* com vistas a concretização de demandas políticas sem visualizar *o direito* enquanto um sistema articulado de valores que recebe ou não essas demandas em seu interior; ou, ainda, entender o direito sem localizá-lo em seu contexto histórico, que é limitador da efetividade de suas normas.

Tais assertivas são especialmente válidas para as leituras jurídicas a serem feitas em processos de democratização, desde a perspectiva de uma justiça transicional, onde o direito e a Constituição são utilizados politicamente para induzir e/ou sustentar a mudança política mais ampla, num contexto histórico onde a política (entendida simplesmente enquanto poder) é sempre hipertrófica em relação ao direito (que dela é dependente, uma vez que não há autonomia funcional), e muitas vezes invade suas esferas de atribuição, procurando alterar o sentido próprio do império do direito, com vistas a compatibilizar ordens jurídicas irreconciliáveis enquanto “Estado de Direito”.

Nos períodos de transição política modernos, devido a enorme influência positivista no final do Século XIX e início do Século XX, criou-se uma enorme tensão para a consolidação do Estado de Direito. Tal tensão, na bibliografia de língua inglesa, fica adstrita ao próprio conceito de “*rule of law*”. A expressão é costumeiramente traduzida para o português como “Estado de Direito”, “supremacia da lei” e “império do Direito”.

A dificuldade de tradução não se deve a qualquer demérito dos profissionais da área, mas sim a própria dificuldade de estabelecimento de um marco conceitual preciso para o que seja o “*rule of law*”, “*L’Etat de Droit*” e “*Rechtsstaat*”, que sinalizam parcialmente conteúdos comuns e parcialmente conteúdos distintos em três vertentes a um só tempo concorrentes e complementares para a leitura constitucional contemporânea (cf.: ROSENFELD: 2004, pp. 17-21).

O primeiro grande exemplo de como esse debate sobre o que é o “*rule of law*” se articula entorno do tema da Justiça de Transição pode ser obtido do debate entre Herbert Hart e Lon L. Fuller publicado em 1958 pela *Harvard Law Review*. Ambos os textos discutiam o espólio do regime nazista e o papel do direito para o restabelecimento da justiça naquilo que seria, na sistematização aqui proposta, uma primeira fase de consolidação da ideia de justiça de transição, com grande ênfase na justiça criminal e um acalorado debate sobre a legitimidade de se estabelecerem punições “retroativas”, tornando nulo um ordenamento jurídico tido por ilegítimo. No debate, Fuller refuta Hart defendendo que os crimes nazistas ocorreram sob a *forma da lei*, mas não sob o “*império do direito*” (*rule of law*), determinando que o conteúdo de “direito” não advém apenas do texto da lei, mas também da moralidade (FULLER: 1958), explicitando o debate entre forma e conteúdo na semântica do período, calcada na divisão entre leituras juspositivistas e jusnaturalistas.

O mesmo problema de consubstanciação do conceito ocorre com o termo “*Estado de Derecho*” nas línguas espanhola e italiana. A atenção de Ferrajoli para a polissemia do termo fica bastante clara seguinte passagem:

“Com a expressão “Estado de Direito” se entendem, habitualmente, no uso corrente, duas coisas diferentes que é oportuno distinguir com rigor. Em sentido lato, débil ou

formal, “Estado de Direito” designa qualquer ordenamento no qual os poderes públicos são conferidos por lei e exercitados nas formas e pelos procedimentos legalmente estabelecidos. Neste sentido, corresponde ao uso alemão do termo Rechtsstaat, são Estados de Direito todos os ordenamentos jurídicos modernos, inclusive os mais anti-liberais, nos quais os poderes públicos tem uma fonte e uma forma legal. Em um segundo sentido, forte ou substancial, “Estado de Direito” designa, diferentemente, somente aqueles ordenamentos nos quais os poderes públicos estão, ademais, sujeitos a lei (e, portanto, limitados ou vinculados por ela), não somente naquilo que refere à forma, mas também quanto aos conteúdos. Neste sentido mais restrito [...] são Estados de Direito aqueles ordenamentos nos quais os poderes, inclusive o legislativo, estão vinculados ao respeito de princípios substanciais, estabelecidos pelas normas constitucionais, como a divisão dos poderes e os direitos fundamentais.” (FERRAJOLI: 2003, pp. 13-14 - tradução livre⁵⁵)

A distinção entre “*Estado de Direito em sentido formal*” e “*Estado de Direito em sentido substancial*” proposta pro Ferrajoli não é muito distante da disputa em torno do conceito de “*rule of law*” tida a cinquenta anos entre Fuller e Hart. A principal diferença é que, enquanto aquela se dava num contexto de disputa entre jusnaturalistas e juspositivistas, o atual debate dá-se nos marcos da consolidação de uma leitura neoconstitucionalista (ou “constitucionalista”) do direito que, de si, já possui alguns predicados.

É nesse contexto, onde uma ideia pós-positiva do Direito torna-se possível sem o recurso exclusivo a regras morais, que Rosenfeld estabelece como três os requisitos essenciais mínimos para um “Estado de Direito”: “*Em termos gerais, o estado de direito requer que (i) a cidadania seja sujeitada apenas a leis publicamente promulgadas; (ii) que de alguma*

⁵⁵ “Con la expresión <<Estado de Derecho>> se entienden, habitualmente, en el uso corriente, dos cosas diferentes que es oportuno distinguir con rigor. En sentido lato, débil o formal, <<Estado de Derecho>> designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos. En este sentido, correspondiente al uso alemán del término Rechtsstaat, son Estados de Derecho todos los ordenamientos jurídicos modernos, incluso los más anti-liberales, en los que los poderes públicos tienen una fuente y una forma legal. En un segundo sentido, fuerte o sustancial, <<Estado de Derecho>> designa, en cambio, sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos. En este significado más restringido [...] son Estados de Derecho aquellos ordenamientos en los que todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes u los derechos fundamentales.”

maneira a função legislativa seja mantida separada da função judicante; (iii) e que ninguém envolvido com o governo esteja acima da lei” (2001, p.2 - tradução livre⁵⁶).

Ademais, segue Rosenfeld afirmando que, sem estes requisitos mínimos quanto ao Estado de Direito, aquilo que definimos como uma “democracia constitucional” restará prejudicado, uma vez que os conteúdos que preenchem tais conceitos são necessariamente inter-relacionados. Para que exista uma democracia constitucional deve-se, minimamente, encontrar as seguintes condições: “[i] limitação aos poderes do governo; [ii] adesão à lei; [iii] e proteção aos direitos fundamentais” (*ibidem*, p. 03 - tradução livre⁵⁷). Assim, o conceito substancial de “Estado de Direito” será o responsável por mediar a relação entre a vontade democrática e a proteção individual das pessoas, como visto acima no exemplo das cortes constitucionais do leste europeu, que valeram-se do Direito para restringir pretensões políticas que entenderam abusivas, de tal feita que a a ideia de “Estado de Direito” consubstancia-se em um conjunto de valores que não irá opor-se, necessariamente, a vontade de uma minoria ou de uma maioria que assalta ao poder (como ocorre em uma ditadura), mas sim a vontade dos homens enquanto gênero que independe de número, haja vista que a ideia de Estado de Direito também poderá limitar a vontade democrática da maioria quando esta “vontade da maioria dos homens” afastar-se do resguardo do sistema de direito e ameaçar liberdades e direitos fundamentais.

Ocorre que estas definições permitem a conceitualização *negativa* do Estado de Direito em sentido substancial, indicando o que ele *não é*. O problema para se chegar a uma conceitualização positiva será, logicamente, enfrentar a dupla dimensionalidade dos conceitos jurídico-político aplicados, já diversas vezes referida (inicialmente desde a perspectiva de Bobbio), para ilustrar a inter-conexão entre as dimensões descritivas e prescritivas das categorizações sobre as formas de governo. Trazendo esta discussão para a definição do escopo de Estado de Direito, Rosenfeld aponta que:

“As dificuldades acima [quanto ao conceito negativo] são agravadas por não haver consenso sobre o que “o estado

⁵⁶ “In the broadest terms, the rule of law requires that (i) the citizenry be subjected only to publicly promulgated laws, (ii) that the legislative function be somewhat kept separate from the adjudicative function, (iii) and that no one within the polity be above the law”

⁵⁷ “[i] limiting the powers of government, [ii] adherence to the rule of law, [iii] and protection of fundamental rights”

de direito” *deve ser*, mesmo sendo razoavelmente claro o que é *contrário a ele*. Uma importante parte do problema funda-se no fato de que “o estado de direito” é “essencialmente um conceito contestável”, um conceito com, ao mesmo tempo, conteúdo descritivo e prescritivo, sobre os quais não há um acordo generalizado. Exatamente como os conceitos de “liberdade” e “igualdade”, o significado descritivo de “o estado de direito” é dependente do significado prescritivo que lhe é atribuído, e como é típico do complexo contexto político contemporâneo, é suscetível de vigorosas divergências sobre os padrões prescritivos relevantes que delimita.” (*ibidem*, p. 04 - tradução livre⁵⁸)

Se uma visão formal, eivada de qualquer conteúdo, do que é o “estado de direito” pode permitir a uma ditadura dizer-se um estado de direito, pois fundada em leis, uma visão substancial não oferece abrigo a tal interpretação, pois quando a ideia de Estado de Direito se conecta à ideia de uma democracia constitucional, esvazia-se de sentido a pretensão de que leis não legítimas e desvinculadas do próprio processo constitucional sejam aceitas como leis *de direito*, e não *leis de fato*, ou, simplesmente, *vontade dos homens*. É assim que o Estado de Direito, entendido enquanto “Império *do Direito*”, e não enquanto “império *do texto legal*”, criará aquilo que o autor define como “o paradoxo do Estado de Direito”, que consiste na função mediadora que o Direito ocupará enquanto mecanismo de implementação da vontade da maioria que respeite as liberdades individuais que fundam o regime democrático:

“Nos termos do quadro institucional necessário para uma democracia constitucional e da implementação da vontade da maioria por meio da lei, o estado de direito parece definitivamente postar-se ao lado do Estado, muitas vezes contra os cidadãos. Em contraste, ao conectar-se com a proteção aos direitos constitucionais fundamentais, o estado de direito parece postar-se ao lado dos cidadãos e contra o Estado, na medida em que o direito constitucional

⁵⁸ “The above difficulties [around the negative concept] are compounded because there is no consensus on what “the rule of law” stands *for*, even if it is fairly clear what it stands *against*. An important part of the problem stems from the fact that “the rule of law” is an “essentially contestable concept”, that is a concept with both descriptive and prescriptive content over which there is a lack of widespread agreement. Just as in the case of concepts such as “liberty” or “equality”, “the rule of law”’s descriptive meaning is dependent on the prescriptive meaning one ascribes to it, and typically in the context of complex contemporary politics there are likely to be vigorous disagreements concerning the relevant prescriptive standards at stake.”

pode ser invocado pelos cidadãos contra as leis e as políticas do Estado.” (*ibidem*, p. 05 - tradução livre⁵⁹)

Considerando este paradoxo como parte permanente da própria ideia do *rule of law* enquanto império do Direito é que Rosenfeld poderá complementar sua conceituação *negativa* e, finalmente, desenvolverá uma concepção mínima porém *positiva* de Estado de Direito:

“O “estado de direito” é ordinariamente contrastado com o “regramento pela vontade dos homens” [*rule of men*]. Ao passo que geralmente o “regramento pela vontade dos homens” (ou, como dizemos hoje, “o regramento pela vontade de pessoas individuais”) conota irrefreado e potencial arbítrio pessoal no governo, exercido por um governante não-limitado e as vezes imprevisível, o compreenderemos aqui de forma mais ampla. Para os presentes propósitos, mesmo o governo pelas leis será considerado enquanto “regramento pela vontade dos homens” se a lei puder ser alterada unilateral ou arbitrariamente, se for amplamente ignorada ou se o governante e seus associados estiverem constantemente acima da lei. Minimamente, portanto, o estado de direito requer [i] um razoavelmente e generalizado governo por meio das leis. [ii] uma quantidade razoável de previsibilidade jurídica – por leis gerais, públicas e prospectivas, [iii] uma significativa separação entre as funções legislativas e judicantes, [iv] generalizada aderência ao princípio de que ninguém está acima da lei. De acordo com isto, todo o regime onde encontrarem-se estes requisitos mínimos poderá ser considerado como um regime que satisfaz as prescrições do “estado de direito em sentido restrito”. (*ibidem*, p. 12 - tradução livre⁶⁰)

⁵⁹ “In terms of the institutional framework necessary for constitutional democracy, and of implementation of the will of the majority through law, the rule of law seems definitely on the side of the state, and often against the citizen. In contrast, in connection with protection of fundamental constitutional rights, the rule of law seems on the side of the citizen against the state to the extent that constitutional law can be invoked by citizens against laws and policies of the state.”

⁶⁰ “The “rule of law” is often contrasted to the “rule of men”. While the “rule of men” (or, we might say today, “the rule of individual persons”) generally connotes unrestrained and potentially arbitrary personal rule by an unconstrained and perhaps unpredictable ruler, it will be understood more broadly. For present purposes, even rule through law will be deemed to amount to the “rule of men”, if the law can be changed unilaterally and arbitrarily, if it is largely ignored, or if the ruler and his or her associates consistently remain above the law. At a minimum, therefore, the rule of law requires [i] fairly generalized rule through law, [ii] a substantial amount of legal predictability -- through generally applicable, published and largely prospective laws; [iii] a significant separation between the legislative and the adjudicative function; and, [iv] widespread adherence to the principle that no one is above the law. Consistent with this, any legal regime which meets these minima requirements will be considered to satisfy the prescriptions of the “rule of law in the narrow sense”

Finalmente, ao conectarem-se as ideias de Estado de Direito e Democracia Constitucional, resta pendente a questão da legitimidade, para a qual igualmente Rosenfeld apresentará três condições mínimas necessárias que, inobstante, podem não ser suficiente para a legitimação do sistema de direitos nos casos concretos quando a substância contida na ideia de “império do direito” restar prejudicada: “*Para se tornar legítimo o estado de direito parece portanto ter de ser [i] democraticamente responsável, [ii] procedimentalmente correto e ainda, talvez, [iii] substancialmente fundamentado*” (*ibidem*, p. 13 - tradução livre⁶¹)

É neste sentido que, doravante, os termos “Estado de Direito” e “Império do Direito” serão usados em sentido substancial neste estudo para identificar um conceito material, que caracteriza-se minimamente pela (i) independência do direito e suas normas do sistema político, sendo a relação entre direito e política mediada apenas por meios juridicamente lícitos e prévios a própria “interferência”, e; (ii) a existência de conteúdos mínimos que caracterizem o império do direito e o Estado de Direito dele decorrente enquanto um projeto histórico substantivo, e não formal, baseado nos princípios da não-arbitrariedade, da legalidade, da igualdade perante a lei, da dignidade da pessoa humana e do devido processo, entendidos estes enquanto requisitos mínimos para uma democracia constitucional e, ainda, considerando sua presença na Constituição brasileira de 1988.

2.4. O Estado de Direito no contexto da transição: *transitional rule of law*

A transição de um “Estado de fato” ou de um regime autoritário de qualquer natureza para um Estado de Direito – do “*military rule*” para o “*rule of law*”, no caso de boa parte das transições latino-americanas – implica na necessidade da recomposição do império do direito. Não é possível, contemporaneamente, pensar uma democracia legítima que se afaste do império do direito. Inobstante, durante um processo de transição política o conteúdo do conceito de império do direito deve ser adequado interpretativamente ao seu contexto. Segundo Teitel:

“Em períodos de mudança política radical, o direito torna-se incerto, e o império do direito [“*rule of law*”] não é bem

⁶¹ “To become legitimate the rule of law would seem to have to be [i] democratically accountable, [ii] procedurally fair and even perhaps [iii] substantively grounded”

explicado enquanto fonte de normas ideais em abstrato. No contexto de uma teoria do direito transicional [*“transitional jurisprudence”*], o estado de direito pode ser melhor compreendido enquanto um esquema normativo de valores que é histórica e politicamente contingente, elaborado em resposta ao passado de repressão política perpetrada em termos legais. [...] Apesar de tanto o estado de direito quanto o constitucionalismo preocuparem-se com a produção normativa na democracia, estes entendimentos são seriamente desafiados nos períodos transicionais.” (2000, p.07 - tradução livre⁶²)

O papel do direito nas transições políticas é sempre um papel de longo prazo, pois como bem ilustra o processo de abertura brasileiro – que inicia-se com a gradual distensão depois de 1974, passando pela anistia de 1979, as eleições indiretas em 1985, a constituinte e a promulgação da Constituição em 1988 (14 anos depois do início do processo) – as forças políticas não-democráticas podem ser suficientemente fortes para controlar o processo de maneira a não permitir a efetiva aplicação do Direito numa perspectiva democrática, modulando efeitos desejáveis das reformas legislativas ou mesmo impondo pactos legislativos, políticos e eleitorais. No caso nacional, a capacidade de perpetração no poder e inserção na democracia de agentes (e, sobretudo, de valores e mentalidades) autoritários levou vários analistas do sistema jurídico-político brasileiro a simplesmente afirmarem que o país ainda não viveu uma transição plena para o Estado Democrático de Direito em algumas searas, como os sistemas de justiça e segurança, tendo ainda pendências por sanar (entre outros: O’DONNELL: 1993, p.07; PEREIRA: 2005, p.08).

Na concepção aqui sustentada do que seja o império do direito que funda o Estado de Direito e sustenta uma democracia constitucional, em acordo com o posto por Rosenfeld, cabe a mediação do Direito Constitucional para conter e reverter as ações políticas que violem a afirmação de um Estado de Direito substantivo, garantindo que o sistema de direitos funcione *prospectivamente* no sentido de garantir a legalidade e a democracia no futuro, mas também de modo *restitutivo* (ou *retrospectivo*), sanando quando possível e reparando quando

⁶² “In periods of radical political change, the law is unsettled, and the rule of law is not well explained as a source of ideal norms in the abstract. Within the context of a transitional jurisprudence, the rule of law can be better understood as a normative value scheme that is historically and politically contingent and elaborated in response to past political repression often perpetuated under the law. [...] Although the rule of law and constitutionalism both concern the norms that seek to guide lawmaking in democracy, these understandings are seriously challenged during transitional periods.”

não, as violações a direitos oriundas do afastamento do Estado de Direito e da imposição autoritária, pela via “legal” ou não, no passado. Seguindo com Teitel:

“Há uma tensão entre o estado de direito transicional enquanto retrospectivo e prospectivo, como no estabelecido contra o dinâmico. Neste dilema, o império do direito (“*rule of law*”) é em última instância contingente; para além de simplesmente fundamentar a ordem legal, ele serve para mediar a virada normativa nos valores que caracterizam esses períodos extraordinários” (TEITEL: 2000, p.11 - tradução livre⁶³).

Para que ocorra a compatibilização entre um sistema jurídico que não se baseou no império do direito, mas gerou amplos efeitos fáticos com aparente juridicidade no mundo concreto, e um novo sistema jurídico, sob o império do direito, garantindo a máxima efetivação de uma legalidade legítima (mais restrita, portanto, que aquela que Elster definiu como “justiça legal” em detrimento de uma “justiça política pura” ou uma “justiça dos vitoriosos”), é fundamental a análise de duas situações fáticas que determinam a medida da legalidade do sistema anterior nas situações concretas de superposição dos dois sistemas jurídicos, balizando pelos seguintes critérios: (i) a legitimidade do antigo e do novo sistema jurídico (o que o relaciona com a legitimidade do próprio regime político) e (ii) a relação existente entre ambos os sistemas jurídicos, que pode ser de ruptura ou de continuidade.

A formulação jurisprudencial da justiça transicional é, portanto, eminentemente tópica, pois a evidente ilegitimidade de um regime autoritário para formular leis “de direito” não implica na incompatibilidade legal de toda a ordenação jurídica do período de tal regime, que pode ter tido momentos mais ou menos democráticos ou, mesmo, ter produzido leis que ganhem, no escopo da justiça transicional presente, suficiente legitimidade, seja por terem sido produzidas de modo razoavelmente legítimo, seja por serem passíveis de interpretação conforme o novo ordenamento democrático e seu sistema de princípios, seja por simplesmente serem prévias ao próprio regime, seja por não serem materialmente inconstitucionais, mesmo que formalmente questionáveis. O que será inafastável, evidentemente, é o imperativo de adequar-se a leitura de todo o ordenamento a nova

⁶³ “There is a tension between the rule of law in transition as backward-looking and forward-looking, as settled versus dynamic. In this dilemma, the rule of law is ultimately contingent; rather than merely grounding legal order, it serves to mediate the normative shift in values that characterizes these extraordinary periods.”

configuração democrática, sob pena de uma deslegitimação constitucional da democracia, calcada na colonização da jurisprudência democrática pela ordem constitucional ilegal e ilegítima do regime autoritário, com uma superposição da forma da lei antes ao império do direito.

A análise da jurisprudência e da produção de medidas transicionais, que será procedida na segunda parte deste estudo (valendo-se do caso brasileiro), é, portanto, um mecanismo privilegiado para a verificação substancial do grau de amadurecimento e efetivação de um regime democrático, uma vez que permite analisar como os poderes de Estado passam a tratar os direitos de cidadania e a necessidade de adequação da atuação estatal a formas legais de limitação do exercício do poder. É desta feita que o apontado no item 1.2.1 torna-se-á relevante, pois sem a desconstituição plena da classificação semântico-valorativa com a qual o próprio regime se qualificou, a política voltará a interferir no direito, valendo-se de subterfúgios contextuais para impedir o restabelecimento pleno do império da lei (como, por exemplo, afirmar que a ditadura fora uma “revolução”, ou que protegeu “a um bem maior” e assim por diante).

Surge assim um contexto em que a afirmação do império do direito a legitimar o constitucionalismo insurgente da transição depende de uma dupla dimensionalidade da aplicação do conceito de império do direito à realidade concreta, afastando-se a política como principal mediador da efetividade do direito e garantindo sua autonomia, sem desconsiderar o contexto concreto de aplicação, em que o próprio direito novo e democrático é instável.

O império do direito, e não da vontade dos homens, deverá fundar o Estado de Direito e, para tanto, atuará em em dois diferentes sentidos: num *primeiro sentido*, o império do direito é *restitutivo*, objetivando a verificação concreta da aplicação do direito no passado quanto a sua legitimidade, especialmente no que toca a independência da política e a atenção a valores que compõem substantivamente a ideia de Estado de Direito, como a dignidade da pessoa humana. É aqui que fundamenta-se materialmente a legalidade do direito à reparação às vítimas de prisões políticas autorizadas ou não pela justiça, e dos processos de responsabilização de agentes violadores dos direitos humanos. Com esta mirada *restitutiva*, o estado de direito passa a atuar de forma *retrospectiva* para impor-se ante ao estado de fato. Num *segundo sentido*, o império do direito é *prospectivo*, e refere-se à adesão a lei e aos

princípios constitucionais “para frente”, fundamentando, entre outros, a reforma das instituições usadas para a perpetração de crimes, a reorganização do sistema de proteção e garantia das liberdades fundamentais e a instalação de mecanismos de controle permanente de constitucionalidade de atos futuros dos poderes Executivo e Legislativo pelo Poder Judiciário independente.

A peculiaridade do processo de restauração do império do direito é que, para a hermenêutica dos problemas transicionais, aplica-se um conceito de “*rule of law*” que é basicamente aquele formulado por Rosenfeld como negativo, opondo-se o regime ao conceito clássico do que é uma “tirania” para que se possa restaurar a legitimidade democrática e a independência do Direito, ao mesmo tempo em que procura-se garantir para o futuro a efetivação das dimensões positivas da ideia de Estado de Direito, uma vez que evidentemente não é possível efetivar o Estado de Direito no passado, mas sim apenas alterar, retrospectivamente, a classificação dos atos autoritários para que sejam lidos enquanto tais, viabilizando as medidas compensatórias e sinalizando eticamente o repúdio que o Estado de Direito quanto ao autoritarismo.

É apenas com a aplicação hermenêutica de conceitos substanciais de direito que se pode eleger quando uma medida retrospectiva deve ou não ser aplicada, sob pena ou de nada fazer-se, ou de se chegar a um número sem fim de medidas a serem tomadas (conforme presente, por exemplo, da ideia de se revisar a integralidade da produção legislativa de um período de exceção). Como não é possível – e, muitas vezes, nem desejável – revisar todo um período histórico, o sentido restitutivo da justiça transicional, judicial e legislativamente falando, deve focar-se sobremaneira nas questões insurgentes de atos de grande arbitrariedade praticados contra indivíduos ou, ainda, atos persistentes, que seguem gerando efeitos concretos na vida democrática, prolongando o arbítrio. Desta maneira, a restauração do império do direito gera efeitos individuais retrospectivos de resgate da dignidade e efeitos coletivos de afirmação da ordem democrática.

Surge neste momento, porém, a questão da continuidade no tempo do sistema jurídico, uma vez que a ação retrospectiva poderia comprometer a própria ideia de *segurança jurídica*, vinculada ao ordenamento anterior. Trata-se, inobstante, de um problema de perspectiva de leitura, novamente conectado com a aderência a conceitos formais ou substantivos, pois a

lesão a segurança jurídica ocorre quando descontinua-se o império *do direito*, e não quando descontinua-se o império *da lei*. A Justiça de Transição deve reforçar a ideia de que os episódios de exceção caracterizam afastamentos do império do direito, mas que tais afastamentos receberão tratamento adequado das instituições democráticas. É esse o ponto central em se detectar os dois sentidos temporais de aplicação do império do direito. Isso significa, metaforicamente falando, que estabelecer *uma seta que aponta em duas direções* (passado e futuro) para representar o império do direito nas transições é diferente de estabelecer *duas setas independentes*. É a mesma seta que vai ao passado e ao futuro, conectando-os e garantindo a segurança jurídica com bases democráticas. Do contrário, adotando-se apenas uma perspectiva prospectiva (a seta rumo ao futuro) o que garante-se não é a segurança jurídica, mas a impunidade para o arbítrio institucionalizado do passado. Nesta hipótese, sacrificaria-se a materialidade da segurança jurídica em nome da validade da lei positiva ilegítima e injusta que, em tese, fiaria a segurança do sistema formal, gerando-se um nóculo, uma descontinuidade, no próprio ordenamento *de direito*, que passa a cindir-se entre antes e depois do regime autoritário, que seguirá tendo autonomia normativa em relação ao Estado de Direito.

O problema central, portanto, é a extensão retroativa da seta que aponta rumo ao passado, tanto quanto a seu alcance temporal, quanto material, especialmente em casos de países onde a democracia é uma exceção histórica, e não uma regra, pois quanto menor o acervo democrático prévio, menor a capacidade de formular, em bases e termos locais, os fundamentos da reconstrução democrática, pois o fato de não existir um regime democrático prévio ao regime não-democrático não afasta o império do direito, mas torna mais complexa sua fundamentação normativa.

Podemos identificar pelos menos três linhas de continuidade para a sustentação jurídica do Estado de Direito enquanto império do direito no tempo, com vista a fundamentação normativa do sentido reconstitutivo da justiça transicional, sendo a existência prévia de um ordenamento de direito pátrio apenas uma delas. As três “fontes normativas” do império do direito nas transições são:

- a) A própria experiência nacional prévia de um sistema jurídico baseado propriamente no direito⁶⁴;
- b) O Direito Comparado, no que toca ao acervo de experiências de transições democráticas e efetivação do império do direito mapeado por diversos órgãos oficiais⁶⁵;
- c) O Direito Internacional.

A ideia de continuidade da tradição jurídica sustenta-se *culturalmente* nos ideais democráticos universais do ocidente e, *normativamente*, quando há falta de uma tradição de cultura jurídica democrática anterior no país, no direito internacional⁶⁶ ou no direito comparado. Essa observação mostra-se fundamentalmente relevante na aplicação prática de medidas transicionais. Reiteradamente a Corte Interamericana de Direitos Humanos utiliza-se direta ou indiretamente da ideia de um “*international rule of law*” para sustentar, contra Estados nacionais que anistiarão ou simplesmente não investigaram crimes perpetrados a seu mando contra seus cidadãos, a obrigação de investigar e punir os responsáveis e reparar as vítimas⁶⁷. Nesse sentido, Ciurlizza assevera que:

“Há um princípio de Direito Internacional que diz que os Estados não podem utilizar sua legislação interna como desculpa para descumprir obrigações internacionais, e esse foi o critério básico da Corte Interamericana de Direitos Humanos ao decretar a nulidade das leis de anistia, ordenar o julgamento dos responsáveis e dispor sobre a adoção de medidas de reparação.” (CIURLIZZA: 2009, p. 29)

⁶⁴ Na Argentina, por exemplo, após o final da Ditadura em 1983 retornou-se a Constituição de 1854, substituída apenas em 1994.

⁶⁵ Cf.: ONU: S/2004/616, pp. 320-351.

⁶⁶ Teitel formula tese análoga, sobre o papel que o direito internacional pode cumprir como referente para uma ideia material do que seja o Estado de Direito: “*O dilema nuclear da transição é como conceituar a justiça num contexto de mudança normativa maciça. Este problema é mitigado pelo direito internacional, uma vez que este oferece um grau de continuidade e, em particular, padrões de responsabilização.*” (TEITEL: 2000, p.38 - tradução livre: “The core transitional dilemma is how to conceptualize justice in context of a massive normative shift. This problem is mitigated within international law, international law offers a degree of continuity and, in particular, standards of accountability.”)

⁶⁷ Cf.: Caso Almonacid Arellano e outros VS. Chile; Caso Chumbipuma Aguirre e outros VS. Peru (Barrios Altos); Caso Goiburú e outros vs. Paraguai; Caso Gutiérrez Soller vs. Colômbia; Caso La Cantuda vs. Perú; Caso Masacre de La Rochela vs. Colômbia; Caso Molina Teissen vs. Guatemala; Caso Tibi vs. Equador, Caso Velásquez-Rodríguez vs. Honduras.

As decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos são um excelente exemplo de como a restituição do estado de direito em retrospectiva não implica em quebra da segurança jurídica, mas sim em sua afirmação democrática. Tais decisões implicam na anulação não de leis e atos legítimos e justos, produzidos no processo democrático e em conformidade com o Direito (o que caracterizaria uma invasão da soberania dos Estados), mas sim de leis e atos arbitrários ou produzidos em desconformidade com o Direito ou mesmo contra ele. Insta destacar que este “controle de legalidade” feito pela Corte também ocorre no plano nacional, enquanto controle de constitucionalidade, permitindo aos países punir aqueles que agiram de forma ilegal durante um regime ilegítimo não com base em juízos políticos sobre a correição de suas vontades, mas com juízos jurídicos sobre a ilegalidade de seus atos.

Na América Latina já se manifestaram sobre questões de justiça transicional a Corte Suprema da Nação Argentina⁶⁸, a Corte Suprema de Justiça do Chile⁶⁹, a Corte Suprema de Justiça de El Salvador⁷⁰, a Corte Suprema de Justiça do Panamá⁷¹ e o Tribunal Constitucional do Perú⁷² e, mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal brasileiro⁷³. Em todos os casos em que atos e leis de exceção, aprovados com vista ao encobertamento de crimes praticados em nome do Estado foram mantidos por estas cortes, os países foram condenados pela Corte Interamericana, tanto no que toca a reparação das vítimas, quanto no que toca a responsabilização dos criminosos. Apenas no Brasil, até o presente momento, o Estado reconhece a existências de vítimas mas não de criminosos.

Nos países da região as políticas transicionais e de estruturação de Estados de Direito avançaram diferentemente. Inobstante, existe hoje um amplo consenso entre os pesquisadores do tema de que os Estados que enfrentaram o passado de modo mais incisivo, conseguiram

⁶⁸ Caso Miguél Angito Espósito (Sentença de 23 de Dezembro de 2004) e Caso Simón Júlío Hecto (Sentença de 14 de junho de 2005).

⁶⁹ Caso Miguel Angel Santander (Sentença de 17 de novembro de 2004) e Recurso 6188/2006 Resolução 29445 de 13 de novembro de 2007.

⁷⁰ Resolução de 26 de setembro de 2000 (processos n.º 27-97 e 21-98)

⁷¹ Resolução de 2 de março de 2004.

⁷² Resolução de 18 de março de 2004 (Habeas Corpus interposto por Maria Emilia Villegas Namuche).

⁷³ Em resposta à ADPF 153/2008.

uma implementação mais substancial do Estado de Direito e apresentam melhores indicadores de confiabilidade nas instituições⁷⁴. Novamente referindo Ciurlizza:

“Durante muitos anos pretendeu-se apresentar a justiça como um valor importante, porém inalcançável, principalmente em nome da governabilidade, da estabilidade ou da segurança nacional. Tentou-se “virar a página” com leis de anistia ou impedimento de ações judiciais. A experiência nos mostra que em todos os países da América Latina onde isso foi tentado, a justiça recuou e avançou. No Chile, por exemplo, a lei de anistia imposta pela ditadura de Pinochet em 1979 foi finalmente declarada sem aplicação a pouquíssimo tempo pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. O mesmo ocorreu no Peru após a queda de Fujimori. Na Argentina, as leis de “devida obediência” e “ponto final”, além de indultos que beneficiaram os militares, foram declaradas nulas, e hoje mais de 800 militares enfrentam processos por violações aos direitos humanos. Dito isso, a verdade é que é possível instaurar processos judiciais, pois não se trata de julgar cada uma das pessoas que estiveram envolvidas, e sim deixar de lado a hipótese de que a justiça produz instabilidade. Pelo contrário: está provado que a impunidade corrói as bases do Estado de Direito e afeta a essência da democracia.” (2009, p.28).

A efetivação do Estado de Direito e o fortalecimento das instituições democráticas são, sem dúvida, o maior ponto de conexão entre os novos constitucionalismos e a justiça de transição. Apenas com o avanço e aprimoramento democrático e do império do direito é que se torna possível a estruturação sólida do Estado Democrático de Direito, e a segurança jurídica advinda desde processo, numa democracia, não pode ser a segurança da impunidade, e sim a segurança da feitura de justiça em suas mais variadas formas, prospectivas ou retrospectivas.

⁷⁴ A esse respeito, a pesquisa Eco Social (que será explorada no item 4.3.3 deste estudo), realizada em diversos países do continente e tendo sido, no Brasil, conduzida pelo Instituto Fernando Henrique Cardoso, apresenta dados interessantes. Referindo apenas dois itens ilustrativamente, na Argentina, país onde ocorreu uma brutal repressão aos movimentos contrários ao golpe, e a subsequente responsabilização judicial dos criminosos de Estado, 63% da população afirma que os “criminosos” devem ter os mesmos direitos das “pessoas honestas”, enquanto o Brasil apresenta a menor taxa de resposta afirmativa do continente, 49%. Quando perguntados sobre sua confiança na polícia, 62,8% dos brasileiros disseram confiar “pouco” ou “nada”, enquanto no Chile a resposta para a mesma pergunta somou apenas 39,9% do total (SCHARTZMAN: 2007).

2.5. Os efeitos retrospectivos do Estado de Direito e releitura histórica dos fundamentos do Direito e da Constituição – uma aproximação com o caso espanhol⁷⁵

As grandes disputas políticas envolvidas nos processos de transição, que afetam diretamente a consolidação do Estado de Direito, interferindo na feita da justiça, costumeiramente dizem respeito as reminiscências das disputas ideológicas do passado não-democrático. Sobretudo em contextos onde houve grande divisão social a respeito dos caminhos a serem seguidos pelo país, a tendência é que o processo de abertura democrática seja antecedido de variadas formas de violência, por parte do regime e por parte de seus opositores.

Quando a violência ocorre em grande escala, ou quando o regime não-democrático entra em colapso, as medidas transicionais tendem a ser altamente incisivas, cabendo ao direito verificar a pertinência das mesmas, de modo a que a justiça não seja transformada em vingança. Notoriamente este é o caso dos países do antigo bloco soviético, que viveram um agudo processo de desarticulação política seguida de convulsões econômicas e sociais⁷⁶. Os tribunais superiores, como visto na anteriormente, intervieram no sentido de anular leis e atos anti-comunistas que feriam ou eram potencialmente lesivos aos direitos individuais, ou que, pela generalidade, poderiam causar condenações em massa e um nível de injustiça altamente incompatível com os próprios resultados que as medidas esperavam alcançar.

De outro lado, estudos como os já referidos de Guillermo O'Donnell, entre tantos outros, descrevem que muitos regimes autoritários, mais notadamente os latino-americanos, chegaram ao fim menos pela derrota do regime ou pela formação de uma convicção nacional sobre a superioridade da democracia e da importância do império do direito do que pela verificação do alto custo político e prático que implicava manter o controle totalizante do Estado sobre a sociedade:

⁷⁵ A apresentação sobre a inserção da lei de anistia no ordenamento espanhol já foi procedida no item 1.3.3, razão pela qual não será aqui retomada. Em caso de dúvidas quanto a este processo, sugere-se retornar ao tópico indicado.

⁷⁶ Um excelente relato jornalístico deste período foi escrito pelo à época chefe da sucursal para Alemanha Oriental, Europa Central e Balcãs da revista semanal norte-americana *Newsweek*, confira-se: MEYER: 2009.

“Após longas e muitas vezes violentas lutas, as principais forças políticas, sociais e religiosas concluem que o custo de continuarem a tentar eliminar umas as outras excedem os custos implicados na tolerância recíproca às diferenças. Este acordo mínimo conduz a variadas invenções institucionais que posteriormente tornam-se os canais principais para a mediação e atenuação dos conflitos prévios que aparentavam serem insolúveis.” (O’DONNELL: 1993, p.15 - tradução livre⁷⁷)

Nesse sentido, o que ocorre são mudanças *no* regime, e não mudanças *de* regime (MARTIS: 1993, p.73). Como visto no capítulo anterior, nestes processos, o decurso tempo, a série de mudanças legais e alguma participação social, conduzem aproximativamente a uma “democracia”, mas não necessariamente ocorrem mudanças de mentalidade de alterar, do ponto de vista prático, as concepções sociais necessárias para que exista um pleno Estado de Direito em termos substanciais. A transição política chega, portanto, a um paradoxo: muda-se o regime político sem repudiá-lo, fundando-se uma democracia insegura e incompleta, cujas raízes não são propriamente princípios políticos mas sim estratégicos e, portanto, insurge um regime cujas qualidades não necessariamente serão capazes de sustentar um Estado de Direito. Nas palavras de Luciano Martins sobre o caso pátrio:

“[...] a “liberalização” brasileira foi originalmente desencadeada pelas dificuldades do regime em resolver problemas de sua “economia interna”, e não de nenhuma mudança substantiva na correlação de forças entre os protagonistas do regime e seus oponentes [...]” (MARTINS: 1993, p.82 - tradução livre⁷⁸).

Concretamente, o fim do regime opressivo não ocorre pela vitória das forças democráticas, mas por um reposicionamento destas na equação do poder, de tal modo que a democracia não passa, mesmo após o fim do regime opressor, a ser uma valor socialmente relevante a ser *aprofundado*, mas sim uma peça vazia da retórica política que precisa ser

⁷⁷ “After long and often violent struggles, the main political, social, and religious forces concluded that the costs of trying to eliminate each other exceed the costs of tolerating each other’s differences. This minimal agreement led to various institutional inventions which subsequently became the main channels for the mediation and attenuation of conflicts the previously had appeared to be unsolvable.”

⁷⁸ “[...] the Brazilian “liberalization” was originally triggered by the regime’s difficulties in solving problems of its “internal economy”, and did not originate from any substantive change in the correlation of forces between the regime’s protagonists and its opponents [...]”

plenamente *preenchida*. Mais ainda, neste modelo típico da terceira onda, de transição por transformação, o movimento rumo à democracia não é acompanhado de uma crítica socialmente universalizável ao arbítrio, restando presentes e politicamente atuantes setores sociais cuja aceitação da democracia é restrita a manutenção de certos privilégios (alguns destes condicionados para que se permitisse a transição), que, evidentemente, contrariam os preceitos do Estado de Direito, sobremaneira a igualdade formal. A interação entre estes dois elementos faz com que, grosso modo, as transições por transformação caracterizem-se por gerar “Estados Democráticos de Direito” onde tanto a democracia quanto o direito são valores politicamente fracos (ou mesmo inicialmente irrelevantes), que precisam se substancializar em longos processos sociais, seja pela sucessão de processos eleitorais, seja pela atuação pró-ativa dos poderes de Estado, seja, finalmente mas não com menor importância, pela participação social.

Essa característica impõe um grande desafio à justiça de transição, uma vez que sua implementação dependerá da resolução de conflitos que, durante o “momento central” da transição – quando mecanismos como eleições e anistias foram inseridos para equacionar a relação de forças entre democratas e não-democratas –, não foram resolvidos ou, ainda mais, foram sufocados. Como visto anteriormente, a implementação do Estado de Direito depende da consolidação de alguns valores-requisito mínimos, como a igualdade perante a lei, que podem ter sido preteridos na transição ou, o que é ainda mais grave, feridos de morte como meio de garantir a continuidade do processo de mudança. Mais ainda, uma ideia substancial de Estado de Direito repudia o arbítrio e fundamenta a necessidade de reparação a danos ilegitimamente impostos aos direitos fundamentais dos cidadãos, o que implica na necessidade de medidas que questionam o discurso do regime e suas classificações semântico-valorativas. Essa dinâmica faz com que o processo de justiça, novamente, extrapole as barreiras do “legal” enquanto texto positivo e faça com que os consensos e dissensos políticos que fundamentam e dão conteúdo mas, igualmente, tensionam a ideia de Estado de Direito, sejam acionados para questionar o passado da sociedade, legitimando-o ou repudiando-o. Desta forma, a justiça de transição acaba conectando passado e futuro num processo onde a legitimidade e os fundamentos do direito são questionados e tem sua normatividade desafiada pela permanência no tempo de medidas de força do passado.

Em transições por transformação onde, em algum momento, insurgiu uma nova ordem constitucional democrática, tal tensão é ainda mais severa, uma vez que a ordem constitucional nestes contextos vive, permanentemente, uma disputa entre fundamentos de legitimidade democráticos e autoritários que vão se equacionando pela via hermenêutica ao longo do tempo. Desta feita, a justiça transicional acaba por se tornar em um mecanismo privilegiado de efetivação e disputa do conceito de direito e da leitura histórica da constituição desde uma perspectiva bem definida, qual seja: a da afirmação dos direitos fundamentais e das liberdades individuais, desafiando as leituras jusfilosóficas impostas durante o período transicional e pré-transicional, quando o equilíbrio de forças permitia ao regime estabelecer limitações unilaterais tanto à política quanto ao direito.

Os dois mais marcantes exemplos de transições por transformação no marco cronológico da terceira onda são, certamente, Brasil e Espanha. Huntington aponta esta semelhança, incluindo no tipo-ideal ainda a Hungria, destacando as diferenças próprias da maior conexão com a disputa geopolítica entre URSS e EUA, apresentando um panorama de similitudes no que toca a condução do processo “sob controle” e destacando, mormente, a diferença de lapso temporal entre os dois processos, haja vista a “democratização” espanhola ter sido muito mais célere que a brasileira:

“Os casos prototípicos de transformação são a Espanha, o Brasil e, entre os antigos regimes comunistas, a Hungria. [...] A transição brasileira foi uma “liberalização desde o alto” ou uma “liberalização do regime”. Na Espanha “era uma questão de elementos reformistas associados a uma ditadura em exercício que iniciava um processo de mudança política dentro do próprio regime estabelecido”. No entanto as duas transições diferem significativamente em sua duração. Na Espanha em menos de três anos e meio após a morte de Franco um primeiro ministro democratizante havia substituído a um liberalizante, os legisladores franquistas haviam votado o fim do regime, reformas políticas foram aprovadas em referendo, partidos políticos (incluindo-se o partido comunista) foram legalizados, um novo congresso eleito, uma constituição democrática foi desenhada e aprovada em referendo, os principais atores políticos chegaram a um acordo sobre a política econômica e o parlamento passou a se organizar segundo a nova constituição.
[...]

No Brasil, contrastantemente, o Presidente Geisel determinou que as mudanças políticas fossem “graduais, lentas e seguras”. [...] Na prática, os presidentes Geisel e Figueiredo seguiram uma política de dois passos à frente, um para trás. O resultado foi uma democratização morosa na qual o controle do governo sobre o processo jamais fora seriamente desafiado.” (HUNTINGTON: 1992 pp. 125-126 - tradução livre⁷⁹)

A morte de Franco, no caso Espanhol, funcionou como impulso necessário para se por fim a violência e encontrar uma forma mais democrática de administração do Estado num processo rápido e objetivo, mas, inobstante – e isso aproximará a Espanha do caso brasileiro – as seqüelas político-sociais da ditadura franquista, especialmente no que toca a violações a direitos fundamentais protegidos pelo Estado de Direito, não foram objeto de debate próprio na transição. As forças de oposição, dizimadas fisicamente pela repressão estatal, não tinham capacidade de mobilização suficiente para promover qualquer medida de justiça, e o conjunto social – em situação novamente similar a brasileira – não tinha condições de discutir os termos da democracia sem ameaçar o processo mais amplo que objetiva por fim as práticas violência.

Este processo faz com que a transição espanhola tenha uma característica singular, inexistente no espólio das ditaduras latino americanas da terceira onda, excepcionando-se o Brasil, qual seja: uma distribuição geral da “culpa” pela violência na sociedade, numa semântica política que imputa a gênese da violência e do Estado de Exceção não no rompimento da ordem constitucional e do Estado de Direito por um regime golpista, mas sim no conflito social entre “dois lados” que se opunham politicamente. Aguilar destaca que, desta feita, a Espanha torna-se talvez o único país no mundo onde o princípio do “nunca mais” não vem acompanhado do termo “ditadura”, forjando-se uma ideia de que a negativa refere-se a uma violência generalizada e indistinta:

⁷⁹ “The prototypical cases of transformation were Spain, Brazil, and, among the communist regimes, Hungary. [...] The Brazilian transition was “liberalization from above” or “regime liberalization.” In Spain “it was a question of reformist elements associated with incumbent dictatorship, initializing processes of political change from within the established regime.” The two transitions differed significantly, however, in their duration. In Spain in less than three and a half years after the death of Franco, a democratizing prime minister had replaced a liberalizing one, the Franco legislature had voted the end of the regime, political reform had been endorsed in a referendum, political parties (including the communist party) were legalized, a new assembly was elected, a democratic constitution was drafted and approved in a referendum, the major political actors reached agreement on economic policy, and parliamentary were held under the new constitution. [...] In Brazil, in contrast, President Geisel determined that political change was to be “gradual, slow, and sure”. [...] In effect, Presidents Geisel and Figueiredo followed a two-step forward, one-step backward policy. The result was a creeping democratization in which the control of the government over the process was never seriously challenged.”

“A transição espanhola se caracteriza, entre outras coisas, pelo fato de que as mais importantes regras do novo jogo democrático foram adotadas através da obtenção de consenso entre aqueles que reformavam o Franquismo e as principais forças políticas da oposição democrática. [...] Um dos principais pontos do acordo que lançou as bases para a democracia espanhola fora o princípio do “nunca mais”. Em contraste com tal princípio em outros países, este não se referia à ditadura ou a seus crimes, mas sim à guerra civil, cuja culpa das atrocidades é usualmente dividida entre os dois grupos adversários.” (AGUILAR: 2007, p.04 - tradução livre⁸⁰)

A transição espanhola não foi capaz de formular um discurso social sobre o passado coerente com as premissas de um Estado de Direito, restando refém da semântica da repressão. A incapacidade de definir a ditadura como ditadura e aqueles que romperam com a legalidade como criminosos impossibilitou o país de adotar medidas de promoção de justiça penal, e a reparação as vítimas do franquismo foi significativamente lenta (e mesmo, para alguns, ineficiente). O conjunto de fatos oriundo desta questão, novamente, aproximará o caso brasileiro do caso espanhol, desconstruindo parcialmente a formulação de Huntington sem invalidá-la.

Se de uma lado é inequívoca a constatação de Huntington de que a transição espanhola foi capaz de rapidamente formular consensos sobre a democracia enquanto procedimento, no plano substancial o autor depara-se com as mesmas inconsistências teóricas das abordagens que tentam um enquadramento estritamente formal das democracias latino-americanas. Uma abordagem sobre as medidas para o restabelecimento do Estado de Direito, inclusive em sua dimensão retrospectiva, reparando e restabelecendo as condutas arbitrárias do passado, demonstra que o processo espanhol foi, nesta seara, tão ou mais lento que o brasileiro no que toca a desconstrução de consensos anti-democráticos e na formulação de alternativas presentes para lidar com o mal pretérito. Desta feita, novamente, encontra-se uma interessante similitude entre os dois casos.

⁸⁰ “The Spanish transition was characterized, among other things, by the fact that the most important rules of the new democratic game were adopted through consensus between those who reformed Francoism and the main political forces of the democratic opposition. [...] One of the main points of the agreement that laid the foundations for Spanish democracy was the principles of “never again”. In contrast to such principles in other countries, this does not refer to the dictatorship or its crimes, but instead to the civil war for whose atrocities the guilt is generally shared between the two adversaries.”

Apenas na década dos anos 2000, mais de vinte anos após o fim da ditadura que se seguiu a Guerra Civil, a Espanha conseguiu por em marcha o processo legislativo referente a uma lei de amplas proporções com vistas a reparação das vítimas e a promoção da memória histórica, conhecida genericamente como “Lei da Memória Histórica”⁸¹. O projeto de lei, de iniciativa do governo, continha uma série de medidas que iam desde a reparação econômica as vítimas até a remoção dos espaços públicos de objetos e símbolos de todo tipo que fizessem apologia ao franquismo, tais quais estátuas e placas.

O debate sobre o projeto ganhou contornos sociais de antemão imprevisíveis, com manifestações de grande apelo emocional de diversos setores sociais e uma intensa polarização entre direita e esquerda, especialmente no Parlamento. A tentativa de “purgar” elementos autoritários do passado espanhol, bem como de efetivar políticas de justiça para com as vítimas, fez reacender na sociedade o debate sobre variados espectros de legitimidade das ações tidas em nome do Estado durante a repressão, evidenciando debilidades e défices democráticos do processo transicional que, mesmo parecendo adormecidos, existiam no seio da sociedade.

O acionamento do Poder Legislativo pelo Poder Executivo com vistas ao estabelecimento de medidas compensatórias e de memória para as vítimas do franquismo fez surgir o questionamento não apenas sobre a legitimidade desta mesma demanda, reativando discursos autoritários, como também inaugurou um novo processo de disputa entorno dos conceitos de “Estado de Direito” e de democracia na Espanha, transformando a justiça de transição em catalisador da dialética de aprimoramento democrático.

Na narrativa de Martín Vallín, magistrado do Tribunal Supremo espanhol e de Escudero Alday, professor da Universidade Carlos III de Madri, encontramos a seguinte descrição da reação dos partidos de direita no parlamento espanhol as propostas da lei:

“Na opinião de seus dirigentes, este Projeto supunha abrir as feridas do passado e não fazia mais que aprofundar a

⁸¹ Cf.: REINO DA ESPANHA. Lei 52/2007, de 26 de dezembro, pela qual se reconhecem e se ampliam direitos e se estabelecem medidas a favor de quem sofreu perseguição ou violência durante a guerra civil e a ditadura. Traduzida ao português e disponível em: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Brasília: Ministério da Justiça, n.º 2, jul/dez 2009, pp. 352-370.

divisão entre os espanhóis que, segundo sua opinião, o Partido Socialista vinha praticando a tempo. Supunha, em definitivo, romper com a herança da transição pactuada entre todos. Ademais – e sempre segundo declarações de seus porta-vozes – o Projeto de Lei era desnecessário e supérfluo, dado que continha medidas que eram ou carentes de relevância jurídica ou poderiam ser adotadas sem a necessidade de recorrer aos mecanismos legislativos.” (MARTÍN PALLIN & ESCUDERO ALDAY: 2008, p.14 - tradução livre⁸²)

Do outro lado, a esquerda, e especialmente o Partido Socialista, achavam que a lei, para além de tardia, estava muito aquém do necessário:

“[criticavam] Em primeiro lugar, a resistência a reconhecer na Exposição de Motivos uma clara e rotunda condenação do Franquismo [...]. Em segundo lugar, a negativa do Governo e se seu grupo de parlamentares de incluir na Lei uma declaração de nulidade das condenações e sanções emanadas de órgãos franquistas que tivessem sido produzidas por razões políticas ou ideológicas e, ainda, sem reconhecerem os direitos humanos [...]. Em terceiro lugar, também foi objeto de forte crítica o tratamento que o Projeto dava a tudo que dizia respeito ao acesso aos arquivos e fundos documentais [...]. Também foram objeto de discussão e debate questões como, de um lado, o tratamento que o Projeto dava a questão dos símbolos e monumentos franquistas [...] e, de outro, as obrigações do Estado – escassas, segundo se alegava – em relação à localização, exumação, identificação e traslado dos restos mortais de pessoas.” (*ibidem*: p.14 - tradução livre⁸³)

⁸² “En opinión de sus dirigentes, este Proyecto suponía abrir las heridas del pasado y no hacía más que profundizar la división entre españoles que, según su opinión, el Partido Socialista estaba practicando hacía tiempo. Suponía, en definitivo, romper con la herencia de la Transición pactada por y entre todos. Además – y siempre según las declaraciones de sus portavoces –, el Proyecto de Ley resultaba innecesario y superfluo, dado que contenía medidas o carentes de relevancia jurídica alguna o que pudieran haberse adoptado sin necesidad de recurrir al mecanismo legislativo.”

⁸³ “[criticavam] En primer lugar, su resistencia a recoger en la Exposición de Motivos una condena clara y rotunda del franquismo [...]. En segundo lugar, la negativa del Gobierno y de su grupo parlamentario a incluir en la Ley una declaración de nulidad de las condenas y sanciones emanadas de órganos franquista, producidas por razones políticas o ideológicas y con el más absoluto desconocimiento de los derechos humanos [...]. En tercer lugar, también resultó objeto de fuerte crítica el tratamiento que el Proyecto de daba a todo lo que tenía que ver con el acceso a los archivos y fondos documentales [...]. También fueron objeto de discusión y debate cuestiones como, por un lado, el tratamiento que en el Proyecto se daba a la cuestión de los símbolos y monumentos franquistas [...] y, por otro lado, las obligaciones del Estado – escasas, según se alegaba – con respecto a la labor de localización, exhumación, identificación y traslado de restos de personas.”

Na transição espanhola uma anistia bilateral foi inserida como modo de libertar os detentos políticos e apaziguar o conflito que, na visão dominante do regime, poderia fraturar a democracia insurgente. Diferentemente do caso brasileiro, na Espanha a anistia foi concedida já no período democrático, no bojo do processo participativo que conduziu a promulgação de uma nova constituição, porém, de qualquer sorte, tal lei recebe – pelo menos no que diz respeito ao direito internacional – as mesmas ressalvas que a lei brasileira. Ocorre que, em razão desta lei e de seu processo social, é corrente o discurso de que a democracia espanhola funda-se em um pacto de perdão bilateral que é contemporâneo e componente da constituição democrática de modo a que a pauta transicional é permanente previda por uma disputa sobre os “verdadeiros” fundamentos da democracia e do Estado de Direito (coincidentemente ou não, este argumento será apresentado também no caso brasileiro, durante o processamento de um ação contra a lei de anistia junto ao Supremo Tribunal Federal, conforme se demonstrará detalhadamente no item 4.4 deste estudo).

É assim que surge o grande problema conexo com o debate da dita Lei de Memória Histórica, que foi bem identificado e descrito por García Amado, que defendeu posição contrária a lei, afirmando que, em última análise, aprovar a lei “*se trataria de refundar, sobre novos elementos, a base histórica que legitima a atual Constituição*” (GARCIA AMADO: 2008, p.58 - tradução livre⁸⁴). O argumento do autor é de que, ao promulgar a lei, estar-se-ia legitimando a II República, derrubada pelo golpe, e repudiando não os crimes do regime de Franco, mas sim o próprio regime, reabrindo por meio do Direito o debate político que a lei de anistia entendeu encerrar no momento da transição por transformação:

“Minha hipótese é a seguinte. Na Lei da Memória Histórica os grupos políticos e muitos cidadãos viram um propósito distinto e novo, já não meramente o animo reparador e compensador daquelas injustiças. Esse propósito novo seria o de renovar os fundamentos históricos legitimadores da ordem constitucional presente, fundamentos centrados até agora nos acordos tidos na transição. Tratar-se-ia de dotar a Constituição de uma nova legitimidade histórica, baseada em dois componentes principais: [i] a conexão da Constituição com a Segunda República abortada pelo golpe de Estado franquista e [ii] o questionamento do pacto de silêncio político da transição, entendido agora como um acordo para ignorar os insultos

⁸⁴ “Se trataría de refundar, sobre nuevos elementos, la base histórica que legitima la actual Constitución”

do passado e não reparar suas injustiças.” (GARCIA AMADO: 2008, p.62 - tradução livre⁸⁵).

A lei espanhola de 2007 não conseguiu lidar com questões de justiça e devido processo legal (“obrigação de investigar e punir”), sobremaneira pelo decurso de tempo, uma vez que a Guerra Civil – quando ocorreram as mais bárbaras violações – antecedeu a ditadura, mas também pela própria limitação política facilmente detectável na citação acima, haja vista que a simples declaração pública de uma ilegitimidade parcial do regime franquista e do pacto transicional causara tamanha reação, não existindo ambiente para pautar uma releitura democratizante ainda mais ampla do passado. Desta feita, a lei manifesta peremptoriamente em ato oficial do Estado o repúdio à ditadura, reconhecendo que determinados atos extrapolaram qualquer tipo de legalidade – mesmo mantendo-se sobrestada a possibilidade de apuração dos responsáveis por violações – determinando a revisão de milhares de atos administrativos e judiciais, a exumação e identificação de todos os corpos enterrados em valas comuns e a retirada de todos os símbolos franquistas do espaço público, entre muitas outras medidas, cuja extensão chega até a concessão de cidadania espanhola aos descendentes dos estrangeiros que engajaram-se na Guerra Civil.

Assim, a lei fez balançar um dos mais arraigados mitos autoritários persistentes na cultura política democrática do Reino da Espanha, mito este que procura vincular a cultura jurídica limitando-a de modo fundacional e que, novamente, será também encontrável no caso brasileiro: *o mito da simetria entre os atos e crimes dos agentes do Estado e dos agentes da resistência ao regime*.

É neste tipo de situação-limite que distanciam-se dramaticamente as classificações formais e substanciais de democracia e Estado de Direito, haja vista que para as classificações formais e de viés minimalista a democracia espanhola já é tida por plenamente consolidada, tanto pela perenidade do sistema eleitoral quanto pela capacidade instalada de proteção a um conjunto amplo e definido de liberdades fundamentais. De outro lado, para uma visão

⁸⁵ “Mi hipótesis es la siguiente. En la Ley de Memoria Histórica los grupos políticos y muchos ciudadanos han visto un propósito distinto y nuevo, ya no meramente el ánimo reparador y compensador de aquellas injusticias. Ese propósito nuevo sería el de renovar los fundamentos históricos legitimadores del orden constitucional presente, fundamentos centrados hasta ahora en aquellos acuerdos de la transición. Se trataría de dotar la Constitución de una nueva legitimidad histórica, basada en dos componentes principales: [i] el entronque de la Constitución con aquella segunda República abortada por el golpe de Estado franquista y [ii] el cuestionamiento de aquel pacto de silencio político de la Transición entendido ahora como acuerdo para pasar por alto los pasados oprobios y no reparar las injusticias.”

substancialista sobre o que é a democracia e o Estado de Direito, resta inequívoca a existência de déficit quanto a reparação dos atos arbitrários do passado e, portanto, um vazio de Estado de Direito em retrospectiva.

É nesse sentido que Martín Pallín defende que a Lei da Memória Histórica surge para consolidar o princípio da justiça como valor supremo do sistema de justiça espanhol, restaurando a ordem jurídica rompida pelo golpe (MARTÍN PALLÍN: 2008, p.20), especialmente por desfazer a vedação de acesso aos tribunais para dadas demandas: “*se algo caracteriza o conceito de cidadania democrática em um Estado de Direito esse algo é a capacidade de reclamar de maneira real e efetiva seus direitos ante aos tribunais de justiça*” (Ibiden, p.41 - tradução livre⁸⁶). Conclui, ainda, sustentando que nenhuma lei, mesmo que aprovada por um parlamento eleito, pode ser anti-democrática ou ferir os direitos fundamentais, numa posição típica de defesa constitucional contra-majoritária dos direitos e liberdades fundamentais, afirmando sobre o legado da ditadura que “*se a justiça é um valor supremo em nosso ordenamento constitucional, então não há desculpa para não colocar em prática um procedimento de revisão [de leis e pactos injustos]*” (ibiden, p.42 - tradução livre⁸⁷).

A manutenção, na democracia e em um Estado de Direito, do princípio da simetria entre a violência praticada pelo Estado franquista e aquela praticada pela resistência – fosse a resistência ao golpe durante a Guerra Civil, ou a resistência à ditadura – insultava a noção de Estado de Direito, uma vez que colocava lado a lado aqueles que lutavam pelo restabelecimento da República legítima que havia sido derrubada por um Golpe de Estado e aqueles golpistas que, para além de originalmente romperem com a legalidade posta, valeram-se do aparelho estatal para disparar um processo de violências contra setores políticos e, mais ainda, contra a população civil, colocando em marcha um gravíssimo processo de intimidação e eliminação física de opositores.

Andrea Greppi delimitou esta questão nos seguintes termos:

⁸⁶ “Si algo caracteriza al concepto de ciudadanía democrática en un Estado de Derecho es la capacidad de reclamar de manera real y efectiva sus derechos ante los tribunales de justicia”

⁸⁷ “Si la justicia es un valor supremo de nuestro ordenamiento constitucional, entonces no se ve la excusa para no poner en marcha un procedimiento de revisión [de leis e pactos injustos].”

“Cabe afirmar [...] que o argumento daqueles que apelam à ideia de uma violência simétrica, exercida ou consentida no território (mais ou menos) controlado pelo governo legítimo, como razão para oporem-se a Lei, está baseado em uma simples falácia. Supõe atribuir ao adversário uma tese absurda, como seria afirmar que o reconhecimento de um fato – a violência do lado franquista – “implica” na negação de outro fato distinto – a violência do lado republicano –. Esta estratégia argumentativa busca, de forma perversa, reduzir ao absurdo a condenação da violência fascista, dissolvendo a responsabilidade e a reprovação através de uma indiscriminada repartição de culpas. Pelo contrário, a tese da simetria não guarda nenhuma ligação com a negação de qualquer coisa, das culpas – se estas existiram – e menos ainda da violência. Neste sentido, o legislador não nega que tenham ocorrido violências – é um fato inequívoco que elas ocorreram – de um lado e do outro do front. A única coisa que afirma, e com boas razões, é a não equidistância, a assimetria no reconhecimento, derivada de uma assimetria nos fatos. A chave está, portanto, em estabelecer publicamente que para o legislador a violência produzida por um ou por outro lado não é igual, não é equidistante e, por consequência, as duas formas de violência não podem – nem devem – ser medidas pelas mesmas normas. [...] E é assim que, prontamente, somente desde a tese oposta, a tese da assimetria, é que se explica a obrigação moral e política de dar atenção ao sofrimentos e a dupla derrota daqueles que perderam a Guerra Civil.” (GREPPI: 2008, p.108 - tradução livre⁸⁸)

Num argumento eminentemente transicional, a autora bem situa a necessidade que possui o Direito de se tornar independente da política quando afirma que os pactos que estabilizam um processo transicional – como fora a anistia bilateral espanhola – só podem ser

⁸⁸ “Cabe afirmar [...] que el argumento de quienes apelan a la violencia simétrica, ejercida o consentida en el territorio (más o menos) controlado por el gobierno legítimo, como razón para oponerse a la Ley está basado, sencillamente, en una falacia. Supone atribuir al adversario una tesis absurda, como sería la de afirmar que el reconocimiento de un hecho – la violencia en lado franquista – <<implica>> la negación de otro distinto – la violencia en el lado republicano –. Esta estrategia argumentativa busca, de forma perversa, reducir al absurdo la condena de la violencia fascista, disolviendo la responsabilidad y el reproche a través de un indiscriminado reparto de culpas. Por el contrario, la tesis de la simetría nada tiene que ver con la negación de nada, de las culpas – si las hubo – y menos de la violencia. En este sentido, el legislador no niega que haya existido violencia – es un hecho que la hubo y no tendría sentido ignorarlo – a un lado y otro del frente. Lo único que afirma, y con buenas razones, es la no equidistancia, la asimetría en el reconocimiento, derivada de una asimetría en los hechos. La clave está, por tanto, en establecer públicamente que para el legislador democrático la violencia producida de uno y otro lado no es igual, no es equivalente, y, por consiguiente, que las dos formas de violencia no pueden – no deben – ser medidas con el mismo rasero. [...] Y es que, en efecto, sólo desde la tesis opuesta, la tesis de la asimetría, se explica la obligación moral y política de atender al sufrimiento y a la doble derrota de quienes perdieron la Guerra Civil.”

válidos se forem legítimos e compatíveis com a ideia de Estado de Direito, do contrário são pactos provisórios que persistem enquanto as causas de instabilidade subsistem, pois foram firmados sob a égide da força, e não do direito. No momento em que a *política* se torna independente da *força*, não há porque o *direito* não tornar-se independente da *política*, afirmando os valores do núcleo normativo dos conceitos de democracia e Estado de Direito e fazendo-os valer retrospectivamente para que possam reparar atos praticados sob a égide não do Direito, mas da força, que, por esta mesma característica, são lidos como ilegítimos e ilegais num Estado de Direito.

O conteúdos normativos da ideia de uma justiça transicional implicam na necessidade de que, a um só tempo, integrem-se os núcleos normativos atinentes ao conceito de “democracia” e “estado de direito” para fornecer uma resposta substancial as demandas de justiça sobre o período pretérito, impondo não apenas um questionamento à legitimidade política de determinados pactos como também sua validade jurídica, por via da premissa incita ao Estado de Direito da proteção contra-majoritária dos direitos e das liberdades fundamentais, de modo a evitar a armadilha de utilizar um conceito vazio de legalidade que faça com que uma ideia de formal e positivista do Direito sobreponha-se a própria necessidade do Direito ser afirmado contra a força, estabelecendo uma aporia para a fundação de legitimidade do Direito na medida em que resta obstaculizada por ele próprio a reparação de injustiças contidas nos atos de arbítrio do passado.

Assim, é o próprio conceito de Estado de Direito que tensiona o debate sobre as condições substantivas e o conteúdo mínimo fundamental da ideia do que seja a democracia, estabelecendo um processo de questionamento do passado aos olhos do presente, com vistas ao estabelecimento de processos de justiça que alterem as diferenciações sociais construídas pela semântica autoritária, desobstaculizando o devido processo de reparação de danos. Neste sentido, segue Greppi:

“Não se pode ser democrata e manter a “concordia” com os fascistas, porque a opção pela democracia expressa e requer uma tomada de posição *intransigente* contra o fascismo. Outra coisa distinta, e que nos situa em um plano diferente, é afirmar que as circunstâncias políticas de um contexto histórico determinado obrigaram o estabelecimento de acordos e a promoção de consensos de

todo tipo e com quem quer que fosse. Assim o é, por exemplo, quando se trata de garantir o êxito de um processo de transição para a democracia. Porém, para um democrata, as razões que justificam estes acordos – e creio que este ponto é decisivo – se mantêm *somente* enquanto subsistem estas circunstâncias que resultavam radicalmente adversas para a democracia e que implicam na derrogação do núcleo normativo desta própria democracia. No caso daqueles que afirmam que *durante a transição* a estabilidade da ordem política dependia do consenso, uma vez que era essencial que a transição fosse uma transição pactuada, sem rupturas, porque tais rupturas somente haviam servido para atrasar o retorno a democracia, etc. Porém isso de nenhuma maneira justifica a afirmação que hoje seguimos escutando com insistência, isto é, de que a democracia espanhola ou a Constituição de 1978 estão baseadas ou tem fundamento nos valores da “concordia” ou da equidistância [...]. Não há nada no pacto histórico entre as distintas forças sociais e políticas da transição que possa hipotecar *para o futuro* a afirmação dos princípios do anti-fascismo.” (GREPPI: 2008, pp. 110-111, grifos no original - tradução livre⁸⁹)

A consolidação substantiva do Estado de Direito implica no repúdio pela democracia de práticas com ele incompatíveis, e na adoção de medidas (mesmo que contra-majoritárias ou tardias) para sanear os danos por essas práticas causados, sem que isso implique em qualquer violação jurídica, uma vez que tal prática reforça os princípios do igual tratamento perante a lei, devolvendo aos crimes cometidos no passado sob o manto de uma legalidade formal e ilegítima o *status* de crimes, reforçando os princípios do devido processo legal e da igualdade perante a lei, uma vez que tal procedimento afasta as excepcionalidades obtidas por agentes da repressão em circunstâncias onde política e força confundiam-se e, mais notadamente, onde a política subordinava o Direito. Mais ainda, a consolidação substantiva e

⁸⁹ “No se puede ser demócrata y mantener la <<concordia>> con los fascistas, porque la opción por la democracia expresa y requiere una toma de posición *intransigente* contra el fascismo. Otra cosa distinta, y que nos sitúa en un plano diferente, es afirmar que las circunstancias políticas de un contexto histórico determinado obligan a establecer acuerdos y promover consensos de todo tipo y con quien sea. Así es, por ejemplo, cuando se trata de garantizar el éxito de un proceso de transición a la democracia. Pero, para un demócrata, las razones que justifican esos acuerdos – y creo que este punto es decisivo – se mantienen *solamente* mientras subsistan esas circunstancias que resultaban radicalmente adversas para la democracia y explican la derogación del núcleo normativo de la democracia misma. En el caso de quienes afirman que *durante la Transición* la estabilidad del orden político dependía del consenso, porque era esencial que la Transición fuera una transición pactada, sin rupturas, porque tales rupturas sólo habrían servido para alargar el retorno a la democracia, etc. Pero esto de ninguna manera justifica la afirmación que hoy seguimos escuchando con insistencia, esto es, que la democracia española o la Constitución de 1978 está basada o tiene su fundamento en el <<valor>> de la concordia o de la equidistancia. [...] Nada hay en el pacto histórico entre las distintas fuerzas sociales y políticas de la Transición que pueda hipotecar *hacia el futuro* la afirmación de los principios del antifascismo.”

retrospectiva do Estado de Direito reforça o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que devolve as vítimas seu direito de conhecer o passado, ver seus algozes punidos e receber reparações justas pelos danos infringidos pelo Estado que as devia proteger. Especialmente em contexto no qual os pactos de estabilidade e as leis de impunidade foram promulgados *durante* o regime anti-democrático ou no processo controlado de transição, a validade de tais diplomas deve ser fortemente questionada pelo direito democrático, uma vez que os mesmos possuem inequívoco potencial lesivo aos princípios-chave do Estado de Direito.

Esta breve apresentação do debate tido no caso espanhol permite refletir sobre o modo como o debate transicional estende no tempo uma série de questões relativas a substancialidade do Estado de Direito, pois, de um lado, força uma releitura do ordenamento jurídico de acordo com novos valores, impostos pela democracia e pelo Estado de Direito na insurgência de um Estado Constitucional de Direito e, de outro, tensiona a própria leitura histórica da Constituição, uma vez que esta é produto de um pacto gerado em dado momento concreto, mas, inobstante, desvincula-se deste momento histórico na medida em que seus efeitos se projetam no tempo.

As transições por transformação caracterizam-se pelo controle do regime sobre o processo de democratização e, conseqüentemente, pela transmissão ao regime democrático de valores do regime opressor. Neste contexto, a justiça transicional cumpre o duplo papel de garantir o restabelecimento do Estado de Direito prospectivamente e, ainda, reparar danos e restabelecer preteritamente o império da lei, gerando continuidades e condições de inteligibilidade para o passado, em coerência com o presente, numa perspectiva de futuro. Para tanto é que se faz necessária a ideia substancial de Estado de Direito, uma vez que apenas com um conceito substantivo é que se preenchem os vazios de direito do regime repressivo, evitando que a justiça do novo regime ao lidar com o passado seja uma justiça dos vitoriosos, novamente afirmando a arbitrariedade frente ao direito, ou, ainda, que o direito seja reduzido a sua dimensão formal, transformando-se em meio de perpetuação da injustiça, numa acepção teórica que faz com que “a letra da lei” tenha valor em detrimento da legitimidade do direito, ensejando uma crise de justificação funcional do Direito, que passaria a ser inimigo de si mesmo ao sustentar o arbítrio.

Ao cumprir esta função dialética, a justiça de transição acaba por transformar as arenas institucionais onde se realiza em lócus de realização da dialética de aprimoramento da democracia. Se de um lado isto permite o avanço das pautas e debates democráticos, de outro, isto politiza ao extremo a realização da justiça, fazendo com que a positivação das dimensões da justiça transicional em obrigações, bem como a concretização destas obrigações no mundo da vida, seja constantemente marcada por avanços e refluxos, com bem se verá a seguir, na analítica do caso brasileiro.

PARTE 2 - DEMOCRATIZAÇÃO E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL

3. A REDEMOCRATIZAÇÃO E OS OBSTÁCULOS PARA A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL

Esta segunda parte do estudo buscará, após toda a fundamentação teórica, definir e analisar em maior profundidade o modelo de democratização brasileiro e sua relação com a efetivação posterior de medidas de justiça transicional para, desta feita, identificar aquilo que classificaremos como o *modelo transicional brasileiro*.

Para tanto, seguirá com a metodologia que comungar esforços descritivos com a análise das dimensões normativas e aplicadas de modo a obter uma adequada compreensão do modelo que se esboça, bem como possibilitar a críticas a suas limitações. Ainda quanto a metodologia, cabe aqui uma nota: deixei para este capítulo a refutação de algumas teses de natureza teórica por duas razões. Primeiramente, pois são teses produzidas a partir da contraposição da busca por aplicação concreta dos mecanismos da justiça de transição no contexto brasileiro no período pós-transicional, não sendo, portanto, fora de lugar delas aqui tratar. Em segundo lugar, por serem teses de irão se opor, basicamente, àquilo que compõe o núcleo das teorias do direito e da justiça que este estudo busca fundamentar desde as ideias de Estado de Direito e de Democracia Constitucional, havendo sequenciamento lógico em apresentar e buscar refutar tais teses após a apresentação daquela que fundamenta este estudo.

Desta feita, este capítulo é aberto contraditando teorias produzidas no Brasil sobre a justiça de transição, sua dimensão normativa e modo de aplicação, de modo a seguir analisando os mecanismos transicionais utilizados para a consolidação democrática no Brasil e, posteriormente, o capítulo 04, analisando os mecanismos de justiça de transição, reproduzindo-se na analítica concreta a mesma subdivisão tida para a formulação teórica na primeira parte do estudo. É desse acervo complexo, que analisa a transição para a democracia e a justiça de transição, que parte-se para a formulação do que seja o “modelo brasileiro” de justiça de transicional, calcado na reparação, memória e reformas institucionais, encerrando-se com a afirmação das vantagens e crítica aos défices que este mesmo modelo produz,

fulcrada na ausência de verdade e justiça, e seu impacto em nossa concepção nacional, analítica e concreta, de Estado de Direito e Democracia Constitucional.

3.1. Democratização e Justiça: estabelecendo distinções e refutando oposições teóricas à efetivação das dimensões da justiça transicional no Brasil

A argumentação até agora construída procurou demonstrar que existe uma distinção latente entre estudos que investigam a transição em si e estudos que investigam a justiça de transição. Essa distinção pode ser qualificada, grosso modo, numa distinção entre a leitura que a literatura da ciência política dá ao fenômeno transicional, enfocada na estabilização de um regime eleitoral equânime e eficiente, e a leitura que a literatura jurídica dá a este fenômeno, verificando como a transição enseja direitos e obrigações desde uma perspectiva específica adotada pelo Estado nacional, que no caso brasileiro será a de um Estado Constitucional de Direito, ou, ainda melhor, de uma democracia constitucional.

A justiça de transição, como antes posto no item 2.1 desde a citação de Bickford (2004: p. 1045), é um campo interdisciplinar de ação e estudo (i) umbilicamente vinculado aos direitos humanos e (ii) cujo foco central são as vítimas. Ao iniciar um estudo estruturado do caso brasileiro importa destacar novamente esta questão, uma vez que um dos eixos de oposição a implementação das medidas transicionais no Brasil fundamentar-se-á na ideia de que o conceito de justiça transicional defendido pelas entidades, órgãos e agências promotoras de direitos humanos seria tão somente normativo-axiológico, não possuindo uma dimensão propriamente positivo-normativa no ordenamento jurídico o que poderia tornar a efetivação de suas dimensões eventualmente desejável, mas não compulsória, e, mais ainda, produto não de um debate jurídico, mas sim político (tese parcialmente esposada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Roberto Grau, em seu voto relator na ADPF n.º 153/2008, que será objeto de mais detida análise adiante).

Nesse sentido, a mais complexa e elaborada refutação teórica à aplicação concreta da justiça de transição no Brasil, em especial no que concerne a verdade e a memória, e a efetivação de medidas de justiça, restou assentada na obra de Dimolius, Martins e Swensson Junior (orgs., 2010). Essa refutação assenta-se tanto em argumentos de ordem positiva, quanto

em argumentos de ordem filosófica. Os argumentos de ordem positiva serão objeto de análise individualizada quando da investigação analítico-descritiva das quatro dimensões de efetivação da justiça de transição no Brasil, porém os argumentos de ordem teórico-filosóficos devem desde já ser enfrentados, sob pena da teoria que fundamenta todo este estudo restar inviabilizada.

Dimoulis qualifica a visão que caracteriza o conceito globalmente mais aceito de justiça de transição, a qual este estudo se vincula, como *normativo-axiológica* – no que não deixa de possuir razão – sustentando, posteriormente, basear-se ela numa visão moralista da justiça (DIMOULIS:2010, p. 119) que busca a imposição retroativa de responsabilidade com fundamento em juízos que não seriam de ordem jurídica, mas sim de ordem política (*ibidem*: pp. 122-123), seguindo uma tradição argumentativa que, neste campo específico, remonta as já aludidas teses de Herbert Hart (1958; 2001), e finda por apontar duas dificuldades concretas para sua implementação, no momento que a argumentação das possibilidades teóricas de aplicação do conceito conforme proposto defronta-se igualmente com dificuldades de natureza prático-políticas:

“Primeiro, os adeptos do anterior regime nunca se considerarão agressores dos direitos humanos e encarnações do Mal, como lhes apresentam seus adversários políticos. Bastaria conversar com um agente do regime anterior ou ouvir seu depoimento no tribunal para constatar que não só rejeita categoricamente as acusações e rótulos que lhe aplicam os adversários, mas que também apresenta justificativas racionais e plausíveis para a sua atuação.

[...]

Segundo, medidas de justiça de transição sempre são tomadas após mudanças radicais de regime, sendo qual for a orientação política. Atribuir esse título só às transições que nos agradam politicamente, fechando os olhos perante realidades com as quais não concordamos é uma postura que não condiz com as tarefas analíticas (e não apologéticas) do estudioso do direito. “Transição” significa não apenas mudança para regimes democráticos, mas também substituição de democracias por ditaduras.” (*Ibidem*: p. 119)

A crítica apontada pelo autor incide, se correta a argumentação em construção neste estudo, em pelo menos três equívocos que pretendo a seguir demonstrar. Para que seja funcional, um estudo sobre justiça de transição deve ter bem delineado um conceito de direito e um conceito de justiça, coisa que, evidentemente, qualifica os demais processos desde uma perspectiva axiológica sem que isso desvirtue o processo em arbítrio. Na esteira dos já aduzidos argumentos de Teitel, entendemos que em momentos de fluxo político o próprio conceito de Estado de Direito contém um núcleo normativo referencial, núcleo este que, de toda sorte, também é encontrado em “estados de direito estáveis”, como verificado desde a obra de Rosenfeld, sendo possível, portanto, encontrar desde este núcleo um conjunto de valores-princípio cuja carga normativa permite retirar da penumbra certos períodos da história em que o Direito foi francamente manipulado (como na ditadura), evitando que a manipulação técnica (seja ela tecnicamente própria ou completamente arbitrária) seja utilizada no sentido de volver o direito contra si mesmo, jogando o Estado de Direito num processo de contradição interna irresolúvel entre seus princípios.

É neste sentido que verificam-se na argumentação posta, (i) um equívoco de ordem histórico-teórico quanto a próprio conceito de Estado de Direito e os fundamentos de validade do ordenamento jurídico; (ii) um equívoco de enfoque quanto as expectativas presentes no processo transicional quanto às vítimas e os violadores e, por fim, (iii) um equívoco de objeto pela ausência de uma teoria clara da justiça, que no caso acaba subsumida numa teoria positiva do Direito, conduzindo a uma completa confusão entre “transição” e “justiça de transição”, na medida que resta implícita a hipótese de que exista a possibilidade material de uma “justiça” que conduza a um regime autoritário, enquanto o que poderia existir neste caso é uma “lei de transição” em uma asserção positivista mas que, do ponto de vista de uma teoria do direito e da justiça (no caso deste estudo fundada na ideia de um Estado Constitucional de Direito), careceria de qualquer legitimidade fundante e, portanto, para usar os termos positivistas, de qualquer validade jurídica, pois carente de procedimento. Passa-se a um mais detalhado desenvolvimento:

Primeiramente, para sustentar que a transição gera direitos, partiu este estudo de uma leitura substancial do que é o “Estado de Direito”. Apenas com esta leitura substancial é que se torna possível a localização do conjunto de processos produzidos pela transição política em uma moldura jurídica que permite valorar os procedimentos empregados desde a perspectiva

principiológica do constitucionalismo, clareando as indistincões entre direito e política produzidas pelo regime de exceção e, neste cenário mais claro, identificar os atos e as responsabilidades deles decorrentes frente a um contexto que não é de “justiça retroativa”, mas sim e simplesmente de “justiça”, haja vista que o período de exceção não substitui o Estado de Direito, mas sim vale-se da força para afastá-lo.

É com base nesta argumentação que exclui-se a ideia de uma justiça “retroativa”, pois o que se pretende não é voltar no tempo para aplicar novas normas, mas sim corrigir sua *não*-aplicação, produzida por um regime de força.

Para a sustentação da ideia de retroação, a tese concorrente vale-se duma tripartição das formas de responsabilização pelo Estado (*ibiden*: p. 109):

Inicialmente, existe a *responsabilização normativa-esperada*, onde “*as autoridades estatais aplicam normas vigentes em casos nos quais a pessoa responsabilizada conta com a eventualidade de sua responsabilização e conhece aproximadamente a sanção*”. Em segundo lugar, a *responsabilização normativa-não esperada*, onde “*certa conduta poderia ser percebida como ilícita com base na literalidade de dispositivos vigentes. Mas o autor e a sociedade não pensam, no momento da realização da conduta, que ensejará responsabilidade jurídica*”. E, por fim, a *responsabilidade retroativa*, que “*baseia-se em normas posteriores à conduta*” na qual “*independentemente da situação legal no período da conduta e da opinião do autor e da sociedade considera-se, hoje, que sua conduta deve ensejar responsabilidade e para tanto são criadas novas normas*” (*ibiden*: p. 109).

A conclusão do autor vem no sentido da existência de uma hipostasiação do debate entorno da justiça de transição, onde, para fundamentar a normatividade de determinadas dimensões da justiça de transição ocorre uma “*interpretação extensiva de princípios constitucionais de baixíssima densidade normativa*” (*ibiden*: p. 102, em alusão ao “direito à memória”) pois:

“[...] os doutrinadores e aplicadores do direito sentem-se mais seguros e conseguem melhor justificar sua atuação quando silenciam ou subvalorizam o momento volitivo na aplicação do direito, apresentando sua decisão como

necessária, obrigatória, até “automática”. **Dizer que o operador do direito deve punir um crime ou descobrir a verdade é uma estratégia retórica que causa menos reações do que reconhecer que ele imputa a alguém responsabilidade criminosa ou atribui “efeitos de verdade” a certo relato sobre acontecimentos políticos.** As hipostasiações de processos fluidos e incertos permitem apresentar decisões com forte carga volitiva como decorrência de necessidades conceituais ou fáticas. Por isso fazem parte do arsenal da argumentação retórica.” (*ibidem*: p. 119-120, grifos meus)

A argumentação bem fundamentada conduz a uma razoável nível de “segurança jurídica” para a tomada de decisões sobre dimensões menores da justiça de transição, como o debate sobre a validade ou não de uma lei de anistia – que motivou, em última análise, a formulação do autor. Inobstante, o conceito de justiça de transição conforme proposto neste estudo adentra de forma mais profunda e interdisciplinar na história, buscando a série de fatos que remete à ideia de responsabilização no rompimento do ordenamento jurídico pelo regime de exceção por meio de expedientes de força, e não no ordenamento jurídico imposto (de forma mais ou menos assentida) pelo próprio regime.

É nesse sentido que, sem fugir a classificação apresentada, o que busca-se é a *responsabilização normativo-esperada* dos agentes do regime anterior pela ruptura com a ordem e estabelecimento de um regime de arbítrio. Essa responsabilização remonta ao golpe que implicou na quebra do regime constitucional de direito previsto pela Constituição então vigente, evitando que o reconhecimento de um *estado de fato* como *Estado de Direito* torne o próprio Estado de Direito incapaz de efetivar qualquer de seus princípios, independentemente de densidades normativas.

Todos os demais fatos e atos jurídicos decorrentes da ruptura com o ordenamento jurídico são, portanto, mais ou menos conectados a um fato gerador inicial cuja responsabilização não é nem *não-esperada*, pois a esperança em não ser punido pelo rompimento da ordem constitucional não é legítima frente ao Estado de Direito, constituindo-se meramente em expectativa de impunidade (novamente mediante a força) e, quanto menos, *retroativa*, pois seja sob uma égide substancial, como a defendida por este estudo, seja por uma égide formal-procedimentalista ou mesmo positivista, não há

fundamento válido para a ruptura da ordem que enseja a mudança no ordenamento que permite, conseqüentemente, o afastamento da ilicitude e da responsabilidade dos agentes de Estado por determinadas condutas. Na primeira hipótese, considerando-se um ideia minimamente substancialista do direito, temos a completa ausência de legitimidade em si do movimento que afasta a ordem constitucional por meio da força para impor valores anti-democráticos, com violação latente de liberdades fundamentais, no segundo, de viés positivista, como sói de ser evidente, não existia no ordenamento jurídico brasileiro qualquer previsão normativa a autorizar a tomada do poder civil pelos militares nos meios postos, quanto menos para iniciar a alteração do ordenamento por expediente de de atos institucionais que abririam espaço para outras dezenas de mecanismos de arbítrio.

É assim que o argumento da retroatividade só faz sentido se equivalermos formalmente o golpe de 1964 a uma espécie de “poder constituinte”, como em certa medida tentaram fazer os próprio militares ao tomarem o poder (sobre esta tentativa, confira-se: BARBOSA, 2009: pp. 38-120) porém, avançando nesta seara, o procedimento formal de equivalência que garantiria a validade dos atos de exceção remontaria ao problema da legitimidade, devolvendo a questão a um campo mais substancial onde, como demonstrado, o golpe não tem guarida.

Portanto, o procedimento analítico que viabiliza esta tese necessariamente depende de um fechamento analítico do campo do Direito cujo cariz faz lembrar a crítica feita, já em 1988, por José Ribas Vieira as metodologias em aplicação pelos estudiosos do Direito que, ao isolarem-se em saberes autônomos e tautológicos, terminavam por gerar explicações que não eram satisfatórias nem do ponto de vista jurídico, nem do ponto de vista político (aqui em sentido lato): “[...] *houve [nesse sentido] um visível empobrecimento do campo do Direito no sentido de sua própria capacidade de responder adequadamente as questões básicas, tais como a da existência do fato jurídico nas sociedades e sobre o fenômeno estatal*” (RIBAS VIEIRA: 1988, pp. 04-05).

Aceitar a tese de que a propositura de imputação de responsabilidades que impliquem em revisão formal de dispositivos do ordenamento positivo do regime anterior implica em privilegiamento da vontade política dos agentes do novo regime significa, em última análise, dizer que a vontade do antigo regime, por qualquer razão, é juridicamente superior a vontade

do atual, uma vez que tal regime impôs-se por meio da força, e não do direito. É por isso que defende-se, ao contrário disto, que a justiça de transição é mecanismo restitutivo do Estado de Direito, uma vez que efetiva-se não pela vontade política *dos vencedores*, mas sim pela vontade política *da maioria limitada por mecanismos do Estado de Direito*, destacando-se que a ruptura por meio da força com este mesmo Estado de Direito não é causa excludente da aplicação de seus princípios no tempo passado.

Por outro lado, se há um fechamento tautológico do campo do Direito na interpretação que nega a responsabilidade, é importante destacar que, na argumentação hipotética sobre os efeitos práticos do processo de justiça quanto aos perpetradores empreendida pela tese que procuro refutar, ocorre uma consideração de ordem política, que conduz àquilo que considera-se o segundo equívoco da argumentação: *se há um golpe de Estado que fundamenta um discurso político que o justifica, é legítimo a seus agentes seguirem defendendo tal discurso, seja por nele acreditarem, seja por dele dependerem, mas disso não decorre a não-legitimidade do Estado para a responsabilização dos atos aos quais este discurso se refere.*

Embora um dos objetivos da justiça de transição seja a reconciliação nacional, não faz parte de seu escopo a ilusão de que, ao final de um processo de responsabilização, os agentes violadores venham a reconhecer sua eventual culpa e aderir ao discurso democrático. Pesquisas etnográficas apontam, no mesmo sentido do exemplo apresentado na citação que apresenta a tese que contesto, a tendência ao uso de formas de negação da legitimidade do julgamento, com a utilização dos depoimentos por parte de antigos perpetradores de crimes como mecanismos de re-engajar e re-construir a história do regime, permitindo-lhes angariar algum capital político com o processo judicial. Nesse sentido, afirma Payne:

“[...] o curso confessional permite aos perpetradores reinventar seu passado através da narrativa. Os perpetradores não recontam seu passado como ele ocorreu naquele tempo, nem necessariamente possuem uma “pretensão de veracidade ou exatidão”. As histórias que eles contam podem ser moldadas, consciente ou inconscientemente, para ajustarem-se a um momento político de especial necessidade pessoal. [...] Rendições de contas ou reinvenções do passado por parte dos perpetradores incluem remorso, heroísmo, negação,

sadismo, silêncio, mentiras e ficções, amnésia e traição.” (2008, p.19 - tradução livre⁹⁰)

O fato de relevância central aqui é dever do Estado de Direito identificar os responsáveis por violações de qualquer natureza e que isso não implica em neles identificar o “*Mal absoluto*”, mas apenas suas *parcelas individuais de responsabilidade* por atos praticados em flagrante violação ao Estado de Direito ou para dar sustentação a seus violadores. Assim como não é necessário que um estelionatário identifique-se enquanto tal e sinta-se culpado ao chegar ao banco dos réus, o papel do Estado na justiça de transição não é o de tornar um defensor do regime em um crítico, mas sim de devolver ao processo judicial sua normalidade, tornando investigáveis e puníveis as condutas praticadas e remediando, por meios individuais ou coletivos, os males que tenham sido cometidos em nome do próprio Estado durante o período de exceção. A postura do perpetrador da violação, seja sincera ou estratégica (como as apresentas por Payne), é algo com que o Estado de Direito deve lidar procedimentalmente, separando o sentimento que o próprio tem em relação a seus atos da classificação que o direito democrático dá aquela mesma conduta no plano genérico, abstrato e universalizável da lei, respeitadas todas as garantias fundamentais.

A consideração de que “*um agente do regime anterior [...] não só rejeita categoricamente as acusações e rótulos que lhe aplicam os adversários, mas [...] também apresenta justificativas racionais e plausíveis para a sua atuação*” é bastante equivocada, ao fazer parecer que existe a intenção de usar o direito durante o processo transicional para reabrir um debate sobre quem estava correto e quem estava errado num dado momento de conflagração social, enquanto o debate que interessa à justiça de transição é outro: *quem é responsável e em que medida por graves violações ao Estado de Direito e aos Direitos Humanos*. Não faz parte do escopo da justiça de transição debater se os defensores do regime soviético estavam corretos ao defender o comunismo, ou se correto estava o regime militar brasileiro ao lutar contra os comunistas, seu objetivo é a consecução de um Estado de Direito e, portanto, a responsabilização por violações a este, sem que para tanto adentre-se em

⁹⁰ “[...] confessional scripts allow perpetrators to reinvent their past through narrative. Perpetrator do not recount their past as it occurred at the time, nor do they necessarily possess a “a claim to truth or accuracy.” The stories they tell may be made up, consciously or unconsciously, to fit a particular political moment of personal need. [...] Perpetrators’ accounts, or reinventions, of their past include remorse, heroism, denial, sadism, silence, fiction and lies, amnesia, and betrayal.”

debates de qualquer natureza quanto a qualidade política de opiniões mais ou menos fundamentadas.

Embora a justiça de transição não seja neutra, uma vez que posiciona-se ao lado das vítimas de violações, é importante que reste claro que seu engajamento dá-se para com as vítimas por sua condição de vítima, e não pelas características étnicas, políticas ou sociais que a levaram a uma situação de vitimização. Pela mesma razão, evidentemente, ao perseguir os perpetradores de violações contra o Estado de Direito ou os Direitos Humanos, a justiça de transição e o Estado não adentram em um processo limitador da esfera política, investindo contra a ideologia por eles proferidas, mas sim buscam punir condutas exorbitantes tidas na defesa destas ideologias com o fito de eliminar a divergência existente ao invés de com ela competir na esfera pública, consideradas as limitações correntes numa democracia constitucional.

Este último parágrafo ilumina, por fim, a última refutação necessária, que diz respeito a ideia de que “*medidas de justiça de transição sempre são tomadas após mudanças radicais de regime, sendo qual for a orientação política*”. Essa afirmação só faz sentido se “justiça” for entendida eminentemente como o produto determinado do direito positivo (leia-se: *do texto legal em sentido estrito*). Por todo o exposto no capítulo 2, especialmente nos itens 2.3 e 2.4, não parece necessário desenvolver mais longamente esta questão, mas cabe apenas destacar a razão teórica que permite a incidência neste equívoco, que é a desconexão da teoria do direito com algum tipo de teoria substancial do Estado ou da Justiça, nos termos da crítica de Ribas Vieira acima transcrita.

Evidentemente, se entendermos que a mudança do direito positivo possa ocorrer em toda direção, eventualmente mesmo sem qualquer tipo de contrapeso ou limitação, será possível entender que uma reforma constitucional com objetivo de estabelecer uma ditadura tenha conteúdo de “justiça” e seja, neste sentido, “justiça de transição”. Porém, aceitos os pressupostos materiais mínimos de um Estado de Direito ou, ainda, no caso brasileiro, de uma Democracia Constitucional, tal hipótese deixa de existir. Caracteriza-se, desta forma, a distinção entre “disposições de transição” e “justiça de transição”.

Finalmente, a fundamentação teórica que demonstra que o enfoque da justiça de transição nas vítimas é produto de sua condição de vítima, e que o escopo de atuação da justiça de transição é o Estado de Direito e não a vontade arbitrária de um dos lados do conflito é fundamental para desfazer a confusão entre a dimensão “analítica” e “apologética” do campo. Neste sentido, insta destacar que o Estado de Direito é um produto político-cultural da sociedade ocidental que contém, em si, a apologia a um conjunto de valores, não havendo, a priori, demérito na reiteração destes valores quando da prescrição que segue a analítica dentro do campo jurídico. O mesmo é válido para os direitos humanos. De toda sorte, se considerada a hipótese sincera de que esses valores encontram-se em disputa, não haveria igualmente razão para que estes não fossem objeto da análise e posterior afirmação pelo estudioso do Direito. Afirmar o contrário significaria, em última análise, terceirizar para outra área do saber a tarefa de interpretar o próprio direito no que concerne a seus princípios e valores centrais, restando ao “operador” do direito a execução de um mero procedimento técnico, e não hermenêutico.

Neste sentido, de identificar e analisar o modelo brasileiro de justiça de transição, até este momento, o estudo em curso procurou-se contextualizar os principais mecanismos transicionais empregados pelos poderes políticos em geral na chamada “terceira onda”, com especial ênfase aos países que experimentaram transições por transformação. Consoante com a metodologia desenvolvida nos capítulos anteriores, parte-se agora para a verificação do contexto social em que ocorre o fluxo e a adoção de medidas políticas no caso brasileiro, para apenas então adentrar o debate sobre as conformações jurídicas dos direitos insurgentes (e renegados) pelo processo democrático, conforme os pressupostos estabelecidos desde as ideias de “estado de direito”, de “constitucionalismo” e de “justiça de transição”.

3.2. A “natureza” do regime e a transição sob controle

A ideia de se estudar uma “justiça de transição” ou mesmo uma “transição para a democracia” é produto da inquietação científica mais recente, razão pela qual não faria muito sentido estender esta investigação para um passado distante. Inobstante, para a boa contextualização do *modus operandi* recorrente da tradição política brasileira, importa destacar que desde a independência até o golpe militar de 1964 o país experimentou pelo

menos 13 tentativas (1823, 1891, 1930, 1932, 1935, 1937, 1945, 1950, 1954, 1955, 1956, 1959 e 1961), com ou sem sucesso, de uso da força ou de expedientes de poder excepcional para a definição dos rumos da política ordinária, em uma sucessão de legitimação e derrogação de atos não previstos em lei, golpes e contra-golpes, notadas vezes gestados ou diretamente operados pelo poder militar, desestabilizando qualquer possibilidade de fundação de um “senso comum democrático” no Brasil (cf.: TORELLY, 2010, p. 111). Se é certo que, neste contexto, o golpe de 1964 não representa grande novidade, não se pode deixar de referir algumas características peculiares desta interrupção da ordem jurídica, uma vez que tais características distintivas influenciam e guardam direta relação com o processo de reabertura, conduzido sob o pulso forte do regime.

O golpe de 1964 originalmente seguia um roteiro compatível com a história pretérita, traduzindo um consenso entre elites civis e militares da necessidade de intervir nos rumos que a política democrática impingia ao país. Porém, com o decurso do tempo, a “revolução” estabelece padrão diverso daquele originalmente adotado em demais interrupções da rotina institucional, tornando o período de ditadura militar o mais largo episódio de ausência de exercício do poder civil da história do Brasil, de tal feita que o processo desencadeado pelo golpe militar de 1º de abril de 1964 não apenas marca a derrocada da democracia como também o início de um amplo processo de transferência continuada de poder civil para as Forças Armadas. Nas palavras de Werneck Sodré:

“O processo da ditadura assinala a crescente concentração do poder: de início, logo após o golpe militar, a ampla frente a que o golpe atende tem condições de estabelecer o provimento do Executivo pelo consenso entre os dirigentes civis e autoridades militares, os partidos estão em atividade, o Congresso, consideravelmente ferido, é compelido a consagrar a escolha de uns poucos. Essa escolha, depois, vai se tornando privativa de um reduzido número de chefes militares, que deliberam qual deles deverá ser o escolhido. Gerou-se, assim, uma fonte de poder singular. Em nossa história, realmente, há precedentes de chefes militares, em situações de emergência, escolherem o Executivo. Dar forma sistemática a esse processo é uma criação específica do regime de 1964, entretanto. Torna-se, com o processo, peça essencial do regime, define-o. Ao mesmo tempo que define as Forças Armadas como base política do regime.

Não base transitória, para uma ação esporádica de força, resultante de emergência, de crise, mas base política deliberada, continuada e única.” (1984: p. 119)

Diferentemente do que ocorrera em outros episódios de interrupção da normalidade institucional (fosse na República, fosse no Império), no caso do golpe de 1964 a participação das forças armadas não cessou após a alteração dos dirigentes do Executivo, inaugurando um modelo de gestão do Estado pelos militares que posteriormente se repetiria na Argentina (1976-1983), no Uruguai (1973-1985) e no Chile (1973-1990). É assim que, na medida em que decorria o tempo, o regime ampliava sua capacidade de gestão sobre os mais diferentes setores do Estado.

Nesse sentido, deve-se destacar que as características da organização do poder no Brasil já eram, de si, singularmente autoritárias. Em estudo comparativo, Ribas Vieira destaca que as constituições de 1824, 1891, 1934 e 1946 já possuíam elementos típicos do que ele definiu como um “Estado de Exceção Híbrido” (1988: p.59), onde a própria constituição estabelece e a política trivializa a questão da suspensão parcial da ordem ou das garantias constitucionais. Porém, é a partir do regime de 1964 que isso se agrava, com o estabelecimento de um estado de exceção de cariz eminentemente militar e permanente.

Com a edição do primeiro Ato Institucional, os generais militares parcialmente substituem o Congresso Nacional, que viria a ser posto em recesso sob a égide do AI-2. Com o AI-3, alteram o processo de escolha dos governados, que passou a ser indireto, e, finalmente, com o AI-4, convocam extraordinariamente um Congresso submetido ao Executivo para a aprovação de uma nova Constituição, cujo principal objetivo era o de “atualizar” a ordem jurídica, que havia restado defasada em relação ao poder de fato que os militares vinham exercendo.

A ideia aqui presente, de “atualizar” a constituição que se defasara em relação a revolução vem no sentido de promover aquilo que Valadéz, partindo da experiência mexicana, define como uma “*dictadura constitucional*” (1974). A ditadura constitucional nada mais é do que um regime com esqueleto e aparência de Estado de Direito, em sua acepção formal de um “estado guiado por regras”, porém que confere ao poder executivo tamanha discricionariedade

para atuar que, na prática, desfazem-se as garantias institucionais, individuais e, em última análise, a própria separação dos poderes.

O ano de 1968 marca um período de ampla agitação de diversos setores sociais, com manifestações variadas clamando pelo fim da opressão e a organização de movimentos armados de resistência à ditadura militar (cf.: FICO & ARAÚJO (orgs.), 2010). Em resposta, o regime promulga o Ato Institucional n.º 5 (AI-5), que confere ao Executivo poderes para decretar de ofício o recesso de qualquer dos órgãos do Poder Legislativo (coisa que antes fora feita por meio de Ato Institucional), intervir nos estados e municípios sem considerar os requisitos presentes na Constituição, cassar mandatos e direitos políticos de qualquer cidadão por até 10 anos, além de estabelecer possibilidade de confisco de bens, suspender o *habeas corpus*, e remover outras garantias constitucionais, como a inamovibilidade, vitaliciedade e estabilidade de servidores públicos, inclusive dos juízes.

É neste cenário, com sucessivos golpes à ordem constitucional, com a ampliação da agitação social, e com o Congresso em recesso por amplo período (desde dezembro de 1968), que ocorre o “golpe dentro do golpe”, com o afastamento do Presidente-General Costa e Silva em 31 de agosto de 1969, em função de problemas de saúde, e o rompimento da ordem de sucessão presidencial formulada pelo próprio regime, que passaria a ser gerido por uma junta militar que terminaria por consagrar Emílio Médici presidente.

É este movimento de alteração do processo sucessório, evidenciando de vez a confusão entre “forças armadas” e “regime”, que leva Werneck Sodré a afirmar que consagrara-se uma nova fórmula de participação dos militares na vida pública do Brasil:

“[...] a rotatividade [entre os presidentes gerais, sem critérios prévios de direito] representou a homenagem às aparências, de um lado, o mais superficial, de outro, o lado real, representou a presença da instituição na responsabilidade pelo regime: não era o general tal ou o general qual o responsável pelo regime, mas o Exército ou mesmo as Forças Armadas” (1984, p. 117).

Ao alterar a ordem sucessória prevista pelo próprio regime de exceção, rompe-se mesmo com a ideia de uma “ditadura constitucional”, explicitando-se ao extremo o caráter de

intervenção das forças armadas na vida civil e, conseqüentemente, a efetivação do modelo autoritário de uma “ditadura militar”.

É neste contexto, de ditadura militar, que será atualizado o discurso norte-americano da segurança nacional (cf.: JORDAN; TAYLOR JR & KORB, 1989), valendo-se as forças armadas de um discurso do medo para a consolidação social de uma série de valores caros a elite que se vira derrotada no processo eleitoral anterior ao golpe e que adere a este como forma de alterar os rumos políticos do país. Essa sinergia entre um poder militar que se confunde com a própria institucionalidade e o apoio de uma elite civil que procura reverter processos originados no seio democrático, é que enseja a formação de uma mentalidade autoritária, que persistirá após o término do próprio regime militar configurada numa semântica social amplamente difundida.

É neste mesmo sentido que conclui Ribas Vieira, ao discutir como a comunhão de valores entre elites civis e militares conduziram a consolidação de uma visão ideológica autoritária que, com o tempo, autonomizou-se das próprias forças armadas, que a produziam desde a Escola Superior de Guerra. Tratando a justiça de transição tanto de mudanças institucionais como éticas e de mentalidade, importa transcrever trecho da análise do autor:

“[...] as Forças Armadas se inserem no aparelho repressivo do Estado e toda a sua postura ideológica não é algo autônomo e exclusivo a elas. Pelo contrário, normalmente os setores das Forças Armadas compartilham a mesma ideologia dominante numa sociedade. Por conseguinte, a Doutrina de Segurança Nacional implementada pela nossa Escola Superior de Guerra não é sua obra exclusiva, mas sim de um longo processo de maturação ideológica.” (RIBAS VIEIRA, 1988: p.75)

A doutrina esposada pelo regime traduziu-se em diferentes legislações extraordinárias, cabendo destacar que em nenhum momento se fez questão de omitir o caráter discricionário das definições contidas em tais diplomas, valendo destacar as palavras do Ministro da Justiça, Ibrahim Abi-Ackel, e do Secretário-Geral do Conselho de Segurança Nacional, Danilo Venturini, que ao proporem alterações à lei de segurança de 1978 (n.º 6.620) no bojo da exposição de motivos da nova lei de segurança nacional de 1983 (n.º 7.170) destacam que “*as leis que vem sucessivamente tratando de tais crimes [contra a segurança nacional] no Brasil*

conservam o caráter de legislação especial, por isso mesmo não incorporada a um código, dada a necessidade de sua freqüente alteração para atender a contingências político-sociais” (in: SENADO FEDERAL, 1984: p. 135) e seguem informando que, com a anistia e o recuo das forças contestatórias, o número de tipos penais do novo projeto seria de 22 ao invés de 40 e que “*foram evitadas as definições genéricas da atual lei, visto que essa tarefa poderá ser mais bem empreendida pela jurisprudência e pela doutrina”* (ibidem: 136). A afirmação denota claramente a utilização do expediente legal não para a simples proteção da segurança da pátria, mas sim para sua efetiva tutela por meio de dispositivos pouco objetivos e cambiáveis de acordo com a vontade política.

De toda sorte, as legislações de segurança nacional traduzem apenas uma pequena dimensão (normativada) daquilo que a doutrina da segurança nacional pode produzir e incorporar as instituições brasileiras. Voltando ao estudo de Ribas Vieira, destacam-se outros elementos anti-democráticos nela contidos, desta vez extraídos da *Doutrina Básica* de 1979 da Escola Superior de Guerra, redigida pelo General do Exército José Fragomeni. No caso, especificamente, Ribas Vieira analisa o conceito de *participação política e responsabilidade*, para demonstrar como era presente e institucionalizada a ideia de que mesmo após uma eventual abertura democrática, o povo poderia ter direito à participação mas jamais poderia ser integralmente responsável pelo Estado, cuja administração caberia as elites:

“A História brasileira dá, portanto, relevo ao papel das elites na formulação dos Objetivos Nacionais. [...] É claro que na atualidade [1979] as comunicações se vêm aperfeiçoando e a participação política do povo na vida nacional pode ser maior. Mesmo assim, não se restringe a responsabilidade, que cabe as elites, de auscultar e interpretar com fidelidade os interesses e aspirações dos grupos sociais e de todo o povo brasileiro.” (*Doutrina Básica*, p.94, *apud* RIBAS VIEIRA, o. cit. p.81)

Com a reabertura, as leis de exceção foram sendo eliminadas e a lei de segurança nacional democratizada, mas a mentalidade gerada à época – aqui ilustrada pela doutrina da segurança nacional – foi suficientemente forte para não apenas impingir sua marca na transição altamente controlada e gradual pela qual o Brasil passou como, e mais especialmente, para deixar rastros no próprio escopo institucional das Forças Armadas e do próprio Estado até o período recente.

É por isso que Ribas Vieira conclui em seu estudo de 1988 que:

“[...] a Doutrina de Segurança Nacional adotada no Brasil não é algo meramente transplantado ou imposto de fora. Pelo contrário, ainda que pesem aquelas influências externas [mormente norte-americanas], ela se apóia, diretamente ou não, num pensamento jurídico-político autoritário e conservador. Assim, a Doutrina de Segurança Nacional, na medida em que se prende àquela perspectiva ideológica dominante em nossa sociedade, legitima o papel das Forças Armadas Brasileiras como aparelho repressivo do Estado.” (pp. 82-83)

Assim, se é dado consensual que a abertura brasileira foi “lenta e gradual”, é necessário somar-se a esta informação, para os fins introdutórios ao caso brasileiro, a característica de manutenção de mentalidades presente em nossa transição política.

É essa constatação que leva Genro a afirmar que:

“[...] o desenvolvimento de uma Justiça de Transição [no Brasil] foi travado, politicamente, pelos compromissos firmados na migração “suave” da ditadura para a democracia política, o que proporcionou que ela evoluísse lentamente. Até hoje, em todas as instituições do Estado permanecem os que eram, à época, jovens apoiadores do regime de força e inclusive serviram dele para ascenderem na burocracia estatal ou nas carreiras políticas, o que é normal numa transição conciliada como a nossa.” (2009, p.16).

Desta feita, a transição brasileira caracteriza-se não apenas pela continuidade institucional entre antigo e novo regime, mas também pela manutenção de um conjunto de valores que os militares arraigaram em toda a máquina pública, valendo-se do consenso que puderam obter junto as elites. É daí que emerge um cenário onde a continuidade institucional mescla-se com a continuidade ideológica, política, jurídica e social que virá, posteriormente, a complicar a assunção por parte do Estado de uma reprovação veemente do regime de exceção tido entre 1964 e 1985.

A transição brasileira, neste sentido, opõe-se a outras, como a Argentina, onde existe um claro rechaço ao conjunto de atores que romperam com a legalidade. Defende-se, mesmo na democracia, a importância da “revolução” de 1964, que ainda é comemorada por círculos militares. Mais ainda: o conjunto de reformas do Estado, que será mais adiante escrutinado, não conseguiu afastar o espectro de que, a qualquer momento, novas intervenções dos militares na política pudessem ocorrer, mantendo a democracia insurgente sob permanente angústia.

O discurso ideológico da ditadura será, mais de 30 anos após a anistia de 1979, repetido *ipsis litteris* por setores da mídia e dos poderes de Estado, havendo claramente a identificação de um discurso vencedor, do regime, e de um discurso perdedor, da oposição, independentemente da melhor ou pior adequação de ambos aos princípios da democracia e do Estado de Direito.

É por tudo isso que Genro conclui que:

“A “transição sob controle”, de uma parte, trouxe uma vantagem extraordinária, pois não jogou brasileiros contra brasileiros, na possibilidade de uma luta armada fratricida. De outra parte, porém, trouxe desvantagens gritantes: impôs burocraticamente um conceito de perdão, que é o perdão através do qual os ofensores “perdoam” os ofendidos, o que limita a adesão subjetiva à reconciliação [...]” (*ibidem*: pp. 30-21)

A transição para a democracia no Brasil estende-se, portanto, pelo menos entre 1979 e 1988, numa contagem bastante restritiva. Para fins didáticos, podemos dividir o processo transicional brasileiro (que inclui a transição para a democracia e a justiça de transição) em três grandes recortes temporais (Cf.: ABRÃO & TORELLY: 2009-B, p.165):

(i) Um primeiro de acumulação de forças contra o regime militar, que dura quase toda a década de 1970, passando pela formação dos comitês brasileiros pela anistia a partir de 1975 e pela luta pela anistia brasileira em diversos países do mundo (cf: GREEN, 2010) chegando a seu ápice e encerrando-se em agosto de 1979 com a histórica greve de fome dos presos políticos por anistia e com a promulgação da Lei n.º 6.683. A alusão aos “ofensores que “perdoam” ao ofendido” diz respeito a este momento, quando o regime concede a anistia aos

perseguidos e inicia um processo de imposição de esquecimento com vistas a sustentação de uma determinada paz social.

(ii) Há, então, um segundo momento, onde as forças acumuladas na luta pela anistia desenvolvem-se em motores da luta pela redemocratização, culminando com o movimento “*diretas já*”, com o processo constituinte e, finalmente, com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988. As eleições indiretas de 1985, bem como a indicação de um candidato a vice-presidente vinculado ao regime para a chapa vencedora, tornando-se este o Presidente com a morte prematura do candidato titular, dão a tônica da força política que ainda conservada o regime.

(iii) Por fim, vivermos o período atual, onde a consolidação da democracia convive não somente com a constante necessidade de aprimoramento da vida republicana, como também com a necessidade imposta ao Estado de Direito de enfrentar o legado autoritário do passado, agregando consistência a este que já é nosso mais longo período de democracia. Esse terceiro período, inaugurado com a Constituição Cidadã de 1988 é que difere-se mais radicalmente dos dois demais.

Se durante a primeira etapa da transição democrática a pauta restringia-se à anistia, no segundo momento ampliou-se para a consolidação do sistema político-eleitoral e a garantia dos direitos fundamentais para, então, no terceiro período, surgirem as demandas propriamente ditas por “justiça de transição”, num contexto de claro amadurecimento institucional.

Cada um dos três períodos nos deixa um legado. Nos dois primeiros, o Brasil consegue implementar dois mecanismos transicionais típicos da terceira onda: uma anistia e a democratização por meio de eleições. Já no terceiro período, inicia-se um processo de questionamento da legitimidade de tais medidas ante ao Estado de Direito, bem como de suas eventuais limitações e necessidade de aprofundamentos, caracterizando-se o fortalecimento da distinção funcional entre Direito e Política.

Desta feita, apontadas as principais características organizacionais e ideológicas do regime, passa-se a análise dos mecanismos transicionais utilizados e dos agentes sociais

mobilizados durante os dois primeiros períodos da transição (propriamente, a “transição para a democracia”).

Os dois principais mecanismos transicionais brasileiro foram, sem dúvida, a promulgação da lei de anistia em 1979 e a ocorrência de eleições livres. Se a promulgação da Constituição de 1988 é notadamente o marco jurídico mais importante da transição, inegável é que só se viabilizam os trabalhos da constituinte após o destensionamento nacional e a reinauguração de processos de participação social que permitissem agregar legitimidade ao próprio processo constitucional.

A literatura disponível sobre ambos os processos é farta e de qualidade, razão pela qual neste sub-item do estudo procurar-se-á apenas destacar as principais nuances de ambos, de modo a que reste claro o modo como tais mecanismos foram inseridos na sistemático político-jurídico da época. Isso importa pois no Brasil, como em diversos outros países, o período posterior a redemocratização é marcado parcialmente pelo questionamento destes mecanismos, sendo típico do modelo a necessidade de interpretá-los, como forma de garantir que novas medidas transicionais, voltadas não mais para a *transição em si*, mas sim para a *justiça de transição*, sejam justificadas e validadas nos planos político e jurídico como coerentes. Isto é especialmente válido para todos os debates que referem-se, de modo mais ou menos direto, a anistia de 1979 e os princípios que ela busca inserir no sistema político e no ordenamento jurídico, tal qual o princípio da “reconciliação nacional”, que passa a ser lido e utilizado política e juridicamente de acordo com leituras cuja genealogia remonta a aprovação da lei, fazendo com que questões de legitimidade e validade anteriores a própria constituição voltem à tona no debate contemporâneo, fundamentando a necessidade de construção de conceitos explicativos que dêem conta de equacionar as diferentes dimensões conflitivas que surgem durante o fluxo político não apenas no presente, mas também no passado, sob pena da solução tida ser artificial e pouco duradoura. É a esse fim que se propõe a ideia já apresentada de uma justiça em retrospectiva.

Passa-se, então, a questão da inserção do “mecanismo anistia”, ingresso no ordenamento jurídico pelo processo político que finda-se em agosto de 1979.

3.3. Entre o perdão e a impunidade: o paradoxo da vitória de todos na anistia brasileira

Como pudemos ver na passagem específica deste estudo dedicada à questão da anistia enquanto gênero, sua problemática é oriunda da necessidade de compatibilização entre caracteres jurídicos e políticos para sua aprovação e validade e, ainda, persistem no tempo posterior a sua introdução questionamentos sobre sua fonte e seu foco, ou seja, quem a confere e quem são seus beneficiários (cf.: item 1.3.3).

Desde a Segunda Grande Guerra, pudemos acompanhar a introdução de mais de 90 anistias nas Américas, aproximadamente 80 na Ásia, mais de 120 na Europa, quase 60 no Oriente Médio e Norte da África e, ainda, pouco mais de 140 anistia na África Sub-Sahariana (MALINDER, 2008: p. 21). Disso conclui-se, portanto, ser a anistia um mecanismo comum nos processos de transição. Quanto a fonte, aproximadamente 180 destas anistias foram conferidas diretamente pelo Poder Executivo, entorno de 160 por meio de leis parlamentares, algo como 60 foram produtos de acordo de paz e menos de 20 foram originadas em consultas ou referendos populares (*ibidem*: p.30).

O dado seguinte a ser apresentado, sobre o foco, é igualmente relevante, especialmente se for somado ao caractere típico das anistias da segunda fase da justiça transicional (Cf.: TEITEL: 2003), situado entre 1970 e o fim da Guerra Fria, justamente o chamado período da “terceira onda” (HUNTINGTON, 1992). É Neste período que os Estados nacionais buscam superar a alternativa de justiça posta no período anterior, de viés internacionalista e punitivista, creditária do formato dos julgamentos de Nuremberg.

A anistia funciona, neste sentido, como um meio de permitir que o Estado não processe e puna determinados conjuntos de crimes por entender que estes foram produtos de um conflito político anormal onde, em regra, o próprio conceito de criminalidade resta desconfigurado pelo amplo número de alterações impingida ao sistema jurídico (e a interpretação de seus comandos) como meio de dar aos líderes do regime poder para, em nome do Estado, eliminar ou controlar fortemente seus opositores. Portanto, nesta segunda fase da justiça transicional, a anistia surge como mecanismo onde o Estado perdoa crimes

cometidos contra si por entender (i) que os agentes que ocupavam cargos de Estado excederam-se em suas funções, agindo ilegitimamente e, ainda, (ii) que os crimes praticados contra o Estado foram meio de afirmação e resistência política, sendo em alguns casos sua caracterização como crimes simplesmente arbitrária, como no caso dos crimes de opinião, ou produto da necessidade de obter meios fáticos para promoção de mudança contra o regime, como no caso de operações armadas variadas. Neste sentido, o Estado torna-se independente dos crimes cometidos em seu nome, afastando a legitimidade dos agentes que os perpetraram e os punindo criminalmente ou afastando dos cargos e, ainda, analogamente, anistia os crimes contra ele cometidos enquanto atos de resistência. Desta forma o ente abstrato, “o Estado”, livra-se duplamente da criminalidade sua e contra si, restabelecendo-se num local isonômico para a administração das tensões sociais próprias do novo regime.

É por esta razão que mais de 450 anistias do período entre a segunda guerra e 2002, inclusa, portanto, a “terceira onda”, foram conferidas a opositores do regime e pouco menos de 150 abrangeram seus agentes. O número de anistias a agentes do regime é, portanto, muito parecido com o de anistia a exilados, tida em 140 casos, e a prisioneiros políticos não-violentos, que fica em aproximadamente 100 casos (*ibidem*: p.84). Num cálculo somatório simples, para fins comparativos, temos, portanto, 150 anistias a agentes do regime contra aproximadamente 690 anistia a seus opositores ou a cidadãos arbitrariamente criminalizados.

Surge, para sustentar as políticas de anistia, um discurso legitimador calcado nas ideias da “reconciliação” e do “perdão”. Esse discurso objetiva afastar a justiça como forma de evitar que, logo quando da transição, a sociedade nacional volte a fragmentar-se e incidir em medidas de força para conter o ressurgimento, no plano da justiça, dos debates políticos que ensejaram a ruptura original com a democracia. Tal procedimento evita que o novo regime, quando assume o Estado, tenha de administrar a tensão gerada por meio e em nome deste mesmo Estado contra um determinado setor ou conjunto de setores, no interesse de um outro setor ou conjunto de setores. Em última análise, a filosofia presente na ideia da anistia política é a de evitar “contaminar” o novo Estado com as disputas oriundas de um conflito que ele próprio, ao tornar-se novo, pretende resolver.

Esse conceito, inobstante, é meramente estratégico, uma vez que não objetiva efetivamente garantir um nível mínimo de consenso sobre o passado entre os grupos que

entraram em conflito, mas sim evitar que este passado se faça presente novamente e intervenha no futuro que se entenda construir⁹¹, por isso os atores são isolados, com o afastamento da função de poder, o desmonte do aparato de repressão e o fim da criminalização das condutas políticas e a anistia as condenações já transitadas. É nesse sentido que Lefranc formula o conceito de “*políticas do perdão*”, enfocadas menos na reconciliação moral (a qual atribui, com boa razão, um fundo religioso) e mais na tolerância política entre diferentes com vistas a reunificação de um povo num Estado:

“Esta aparente indisponibilidade da justiça quando se trata de “sair” da violência estatal explica o predomínio de uma retórica do perdão e da reconciliação nacional nos debates sobre a justiça suscitados pela passagem à democracia. Introduzida pelas autoridades dos primeiros governos democráticos eleitos, essa retórica poderia parecer uma tentativa de legitimação *a posteriori* do compromisso de transição. Constituiria o núcleo de uma “falsa moralidade”. Se se considera que a mobilização da figura do perdão é de ordem puramente estratégica, o que é verosímil, a questão parece resolvida. Se levado em conta o aparente absurdo de um projeto que transporta a figura do perdão, geralmente considerada como de ordem religiosa ou moral, para a esfera política, o círculo parece então fechar-se plenamente.” (2005, p. 20, grifos no original - tradução livre⁹²)

Assim, seguindo com Lefranc, temos que:

“Os governos democráticos, chamados a fazer justiça, recorrem de maneira sistemática a uma figura do perdão a qual se atribui legitimar as leis de anistia e permitir uma saída da violência. Os responsáveis pela violência estatal são convidados a pedir perdão e, as vítimas, a responder positivamente a este pedido. Porém o perdão nunca se define com clareza. Os discursos relacionados com ele,

⁹¹ Para uma melhor distinção entre ações estratégicas e comunicativas, confira-se: HABERMAS: 1997.

⁹² “Esta aparente indisponibilidad de la justicia cuando se trata de “salir” de la violencia estatal explica el predominio de una retórica del perdón y la reconciliación nacional en los debates sobre la justicia suscitados por el pasaje a la democracia. Introducida por las autoridades de los primeros gobiernos democráticamente elegidos, esa retórica podría aparecer como un intento de legitimación *a posteriori* del compromiso de transición. Constituiría el núcleo de una “falsa moralidad”. Si se considera que la movilización de la figura del perdón es de orden puramente estratégico, lo cual es verosímil, la cuestión parece resuelta. Si se toma en cuenta la aparente absurdidad de un proyecto de traslado de la figura del perdón, en general considerada como de orden religioso o moral, a la esfera política, el rizo parece cerrarse.”

para rechaça-lo ou consagrá-lo enquanto solução política, parecem pressupor a existência de um sentido implícito e amplamente aceito do termo, determinado sobremaneira por seu significado cristão.” (*ibidem*: 169 - tradução livre⁹³)

O processo de anistia no Brasil, igualmente, valeu-se do discurso da reconciliação, mas ele surgiu com maior vigor apenas na promulgação da lei de anistia em 1979, que passa agora a ser objeto do texto. O caso brasileiro, *in concreto*, apresenta inúmeras diferenças com as principais anistias dos países vizinhos da América do Sul e, ainda, é quase antagônico com o processo ideal de construção de uma “política do perdão” conforme descrita anteriormente.

Primeiramente, a anistia no Brasil tem sua origem – o germen de sua ideia – não no próprio regime, mas em sua oposição. É por isso que na tripartição antes esboçada sobre o processo transicional brasileiro, considera-se este o “primeiro período”, onde a sociedade disputa a anistia com o regime. Trata-se, portanto de um período de articulação de forças que culmina na anistia, que mesmo não sendo a pretendida pela cidadania, inaugura um novo conjunto de demandas e ações da sociedade pró-democracia no país. Nas palavras de Del Porto:

“O primeiro evento político que destaco [na luta pró-anistia] [...] remete às vitórias do Movimento Democrático Brasileiro (MDB) nas eleições legislativas de 1974, que mostravam o início da rearticulação da sociedade civil e significou a primeira manifestação abertamente política de oposição à ditadura desde 1968. Demonstrou-se também que as oposições não se acomodavam passivamente ao projeto de “abertura” do governo e que sabiam explorar suas possibilidades.” (2009, p.60)

A vitória eleitoral, evidentemente, era relativa, uma vez que os parlamentares tinham sua atuação monitorada e seu mandato sujeito à cassação por ato do executivo, mas também significativa, justamente por demonstrar que setores mais amplos da sociedade passavam a questionar o golpe pelas vias que dispunham. Ainda na seara dos instrumentos de arbítrio que

⁹³ “Los gobiernos democráticos, llamados a hacer justicia, recurren de manera sistemática a una figura del perdón a la que se atribuye legitimar las leyes de amnistía y permitir una salida de la violencia. Los responsables de la violencia estatal son invitados a pedir perdón, y las víctimas, a responder positivamente a ese pedido. Pero el perdón nunca se define con claridad. Los discursos relacionados con él, para rechazarlo o consagrarlo como una solución política, parecen presuponer la existencia de un sentido implícito y ampliamente aceptado del término, determinado sobre todo por su significación cristiana.”

o regime possuía em relação aos parlamentares, importa também destacar a criação, três anos após a vitória da oposição, já no ano de 1977, da figura do “senador biônico”, eleitos indiretamente como forma de ampliar a base do governo, no bojo de uma série de medidas de controle do regime sobre o conjunto das atividades políticas de Estado tidas no chamado “pacote de abril”.

Enquanto o regime valia-se de mecanismos atípicos para seguir mantendo firme uma base fictícia de “apoio” parlamentar, a sociedade seguiu organizando-se, com a insurgência, sobremaneira após 1975, dos Comitês Brasileiros pela Anistia:

“Os Comitês Brasileiros pela Anistia (CBAs) surgem como uma organização independente, reunindo homens e mulheres dispostos a levar à frente um programa político mínimo e de ação que ia além do esquecimento e exigia a libertação imediata de todos os presos políticos; a volta de todos os exilados, banidos e cassados; a reintegração política, social e profissional dos funcionários públicos ou privados demitidos por motivos políticos em consequência dos efeitos dos Atos de Exceção; o dismantelamento do aparato repressivo; o esclarecimento das mortes e dos desaparecimentos por motivação política; a denúncia sistemática da tortura e dos casos de mutilação; o julgamento e punição dos responsáveis.” (ARANTES: 2009, p.84)

Como infere-se da citação, os CBAs tinham, para além de sua pauta clássica, eternalizada no slogan “anistia ampla, geral e irrestrita” a todos os presos políticos, uma série de outras pautas pró-democracia, constituindo-se em verdadeiro movimento político de coalizão, focado centralmente na pauta da anistia mas ciente e ativo, em maior ou menor grau, para um conjunto de outras demandas políticas e transicionais que seguiriam indo-e-vindo na agenda política nacional até os dias atuais, passados mais de 30 anos. Nas palavras daquela que foi a primeira idealizadora do que viriam a ser os CBAs, Terezinha Zerbini, a questão era *“como se existisse uma barreira segurando a água, após fazer o primeiro furo [no caso: a anistia] a água se encaminha de trazer o resto”* (ZERBINI, 2009: audiovisual). É justamente por compreender a importância para a cidadania e para a democracia deste conjunto de pautas que se articularam no eixo-comum “anistia”, e, especialmente, de sua insurgência após mais de dez anos de ditadura, que Del Porto assevera que:

“[...] a luta pela anistia não se definiu apenas como oposição ao regime militar, mas foi também um marco importante no processo de (re)constituição da sociedade civil no país. Essa luta constituiu-se e interagiu com outros movimentos emergentes na cena pública brasileira, que lutavam pelo reconhecimento de seus *direitos* e e pelo próprio *direito* de serem reconhecidos como “sujeitos portadores de *direitos*”.” (DEL PORTO: *op. cit.*, p.59 - grifos no original)

É neste contexto político de enfrentamento e de exigência de anistia pela sociedade que, em 26 de junho de 1979, o General João Baptista Figueiredo, fazendo as vezes de Presidente, encaminha o projeto de anistia do regime ao Congresso Nacional, transferindo o debate social para o Congresso nacional parcialmente controlado pelo regime. A tramitação do projeto seguiu o fluxo regimental da época, tendo recebido significativo número de aportes. Em sua obra, Swensson Júnior nos dá notícia da participação de pelo menos 108 deputados e de 26 senadores na tramitação, apresentando 305 emendas e 9 substitutos. Deste conjunto de parlamentares, 49 compunham a base do governo, integrando a antiga ARENA. Das mais de 300 emendas à época propostas, 83 procuram alterar o artigo 1º que, após a tramitação e aprovação do texto final da lei, seria parcialmente vetado pelo Poder Executivo (cf.: SWENSSON JUNIOR: 2007, p.182).

O processo legislativo revelou de forma translúcida a existência de ampla divergência social entorno do tema da anistia. De um lado, os movimentos sociais e um determinado conjunto de parlamentares defendiam um anistia que fosse “ampla, geral e irrestrita” aos perseguidos políticos e que, a um só tempo, não impedisse a apuração e responsabilização dos crimes cometidos em nome do Estado. A postura do regime de negar sistematicamente a prática de crimes conduzia sua base a um conjunto de posições ambíguas contra a anistia ou a favor de sua limitação: (i) um primeiro grupo, “linha dura”, entendia que qualquer anistia seria um descaminho para o país. Este grupo sequer aceitava a ideia de uma distensão gradual, o que tornava impossível imaginar ter, em poucos meses, uma anistia de qualquer sorte; (ii) o discurso do medo e a classificação semântico-valorativa dos agentes da resistência como perigosos terroristas enseja em um outro conjunto expressivo do regime (e da sociedade) o receio quanto à justiça de se conferir uma anistia, reforçando uma posição que aceitava a anistia apenas para os que não tomaram armas, avançando na ideia de pacificação e

reconciliação nacional; (iii) por fim, um terceiro grupo chegava a mostrar-se favorável a uma anistia ampla (fosse por meio direto da lei, fosse por sua posterior ampliação ou por meio de indulto), desde que esta também albergasse os crimes do regime. Como o próprio regime negava a existência de tais crimes, tal posição não encontrava um ponto de equilíbrio discursivo onde acomodar-se.

Evidentemente, a posição do governo gradualmente cristalizou-se entorno do próprio projeto originalmente remetido pelo Poder Executivo, porém, do embate, pode-se chegar a uma distinção clara sobre o que os movimentos reivindicatórios da anistia entendiam por “anistia” e o que o próprio regime compreendia. Para os primeiros, a anistia era o ato que significava a assunção da correição de suas lutas, mesmo que questionáveis os métodos elegidos, enquanto para o regime notadamente a anistia significa o esquecimento do passado.

Comparando os anseios sociais com o que o regime apresentava enquanto proposta, a Fundação Perseu Abramo organizou o quadro abaixo transcrito:

QUADRO 04: Anistia do Governo *versus* Anistia do Povo

Anistia do Governo	Anistia do Povo
Não libertará todos os presos políticos nem trará de volta os exilados, pois exclui os que foram condenados pelos Tribunais Militares pelo que o governo acusa de “terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal”.	Anistia deve alcançar a todos, porque muitos brasileiros pegaram em armas para lutar contra as torturas e assassinatos praticados pelo governo, contra a miséria e o analfabetismo. Contra o TERRORISMO DE ESTADO.
Não devolve os direitos retirados arbitrariamente: a volta dos punidos ao serviço público (civil e militar) dependerá do juízo de uma comissão nomeada pelo próprio governo.	Anistia devolve automaticamente os direitos que foram retirados arbitrariamente tanto para os civis quanto para os militares. São bem conhecidas no passado essas “Comissões” que tem o poder de “desanistiar” os anistiados.
Sugere a anistia aos torturadores.	Pede contas, ao governo, dos presos políticos, mortos e desaparecidos e punição contra os torturadores.
Não devolve integralmente os direitos de de nenhum dos anistiados, pois continuam em vigor todas as leis da ditadura, como a Lei de Segurança Nacional, a lei de greve e a constituição feita pelos militares.	Anistia significa LIBERDADE, o fim da ditadura, o desmantelamento dos órgãos de repressão política. A liberdade de dizer, reunir, organizar, reivindicar e participar sem ser reprimido.
Fonte: Fundação Perseu Abramo. In: GONCALVES: 2009, p.280.	

Da simples leitura do quadro é possível extrair impressões sobre o debate político ocorrido entorno da lei, coisa que nos ajuda a compreender porque, mesmo não vendo a integralidade de sua demanda contemplada com a aprovação da anistia em 1979, por meio de Lei n.º 6.683, a sociedade ainda intitula-se vitoriosa pela aprovação de alguma lei de anistia.

O principal ponto de descenso, certamente, era o artigo 1º da lei. Na concepção dos defensores da anistia ampla, geral e irrestrita, o artigo deveria ter a seguinte redação:

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 conexo 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 “e outros atos legais”.

A expressão destacada entre aspas, “e outros atos legais”, permitia a anistia àqueles que envolveram-se em “terrorismo”, assaltos, homicídios, ou, ainda, os banidos por atos do Poder Executivo. Com esta formatação, seria possível garantir efetivamente a liberdade a todos os presos políticos que, ademais de não prevista, seria literalmente impedida na versão final da lei, por meio do parágrafo segundo do mesmo artigo que institui cabalmente “*Excetua-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal*”. Ainda, gerou contrariedade o parágrafo primeiro do dispositivo. Embora o regime negasse peremptoriamente a prática de torturas, homicídios ou qualquer ato violento, e, ainda, negasse anistia a atos análogos por parte da resistência, fez constar no parágrafo primeiro do artigo primeiro da lei um dispositivo genérico, indicando que “*consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política*”.

A ideia embutida obscuramente no artigo era a de que os agentes da repressão que tivessem cometido crimes igualmente estariam anistiados por conexão, coisa que causou desconforto, especialmente ao MDB e a Ordem dos Advogados do Brasil.

O trâmite final da aprovação da lei, com sua votação em sessão conjunta de turno único no Congresso Nacional, nos dias 21 e 22 de agosto de 1979, é a comprovação cabal da divisão instalada entre os que defendiam o projeto do governo e suas variações e aqueles que defendiam o projeto da sociedade e suas variações. A sessão é instalada transcorridos já 30 dias do início da greve de fome nacional dos presos políticos por anistia. A greve, histórica, ganhou especial fôlego após a visita de diversos artistas e políticos aos presos que protestavam, com especial ênfase ao Senador Teotônio Vilela, despertando ampla atenção social para a questão (cf.: VIANA & CIPRIANO: 2009).

Das 305 emendas apresentadas ao projeto, uma foi integralmente aceita, 67 parcialmente e 283 foram rejeitadas. O projeto substitutivo do MDB foi derrotado por

margem de 15 votos, 194 a 209. A emenda Djalma Marinho, que previa a anistia a todos os perseguidos políticos igualmente foi derrotada por pequena margem, de 5 votos, 206 contras, 201 favoráveis. No balanço final, a anistia traria a liberdade apenas para um conjunto de perseguidos, deixando um amplo leque de questões irresolutas, a começar pela daqueles perseguidos já condenados ou sendo processados por “crimes de sangue”. Nas palavras de Gonçalves:

“A lei então recentemente aprovada não contemplava a liberdade a todos os presos políticos (condenados por crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal ficaram de fora da lei), contrariamente ao que propunham os movimentos para quem a Anistia deveria atingir a todos os punidos. Questões como a reintegração ao emprego (já que a lei se limitava praticamente aos funcionários públicos, sendo que a reintegração se daria somente se houvesse interesse da administração, o que inviabilizava em muitos casos o retorno ao trabalho) e a não-devolução integral dos direitos dos anistiados (visto que as leis de segurança nacional e a lei de greve ainda estavam em vigor) continuaram a ser pontos polêmicos.” (2009, p.283)

Para que não houvesse dúvida da extensão da lei de anistia aos perseguidos, para além da referida inserção do parágrafo segundo do artigo primeiro, o regime ainda exerceu veto sobre a expressão “*e outros atos legais*”, conforme adiantado acima. Em sua mensagem n.º 267/1979 ao Congresso Nacional, vetando o dispositivo, o General Presidente João Figueiredo argumenta que:

“É certo que tal expressão foi incluída no projeto com o propósito de atender às razões da Emenda n.º 35, que objetivava alcançar, explicitamente, os servidores que, “também por motivos políticos”, tenham sido punidos com fundamento “em quaisquer outros diplomas legais”, diversos dos Atos Institucionais ou Complementares.

[...]

“Com efeito, observado que na redação dada ao artigo 1º os servidores civis e militares, como os dirigentes e representantes sindicais, são contemplados isoladamente sem necessária vinculação aos delitos indicados na parte inicial do artigo, impõe-se compreender que, ali, a anistia cuidou particularmente das punições de conotação política impostas àqueles servidores e dirigentes – daí referir-se aos Atos Institucionais e Complementares –, afigurando-se

imprópria, assim, qualquer generalização que despreze o motivo político.

“Mantida na lei a expressão ora vetada, admissível seria entender que o perdão, para aquelas pessoas, desprezaria o pressuposto político da sanção, chegando ao extremo privilégio de alcançar todo e qualquer ilícito porventura cometido, independentemente de sua natureza ou motivação.”

É assim que, com sua promulgação em 28 de agosto de 1979, a Lei de Anistia brasileira entra para a história como um paradoxo: *mesmo sem ser a lei desejada pela sociedade, é por ela apoiada e considerada uma grande vitória*. A luta social desenvolvida entorno do tema da anistia, como afirmou Del Porto, constituiu-se em canal de restabelecimento de uma cidadania ativa, que voltou a articular-se. Nesse sentido, a anistia de fato representa uma vitória social sobre o regime. De outro lado, o regime igualmente sai do processo fortalecido. Paradoxalmente, a estratégia de abertura formulada passa a ganhar vida: “perdoam-se” os crimes políticos, mantém-se encarcerados (pelo menos por mais algum tempo) os membros da resistência violenta e, ainda, sinaliza-se de forma inequívoca um processo de abertura.

Para a melhor compreensão deste paradoxo, que chamarei de “*paradoxo da vitória de todos*”, importa destacar que, à época da anistia, os principais focos de resistência armada ao regime já haviam sido desmantelados e a pressão social por esclarecimentos a respeito dos mortos e desaparecidos do regime começava a se tornar em um incômodo desnecessário, na medida em que as organizações as quais se filiavam os desaparecidos não mais eram ativas. Para o regime, portanto, era mais interessante uma anistia controlada do que um maior tensionamento com a sociedade. Entendia-se que com a anistia poder-se-ia encerrar o problema em curso sem maiores explicações. Daí o mais notório efeito perverso da anistia brasileira: *a pecha do esquecimento imposto*.

O movimento do regime, ao “ceder” uma anistia, enquadra-se em um arquétipo característico da cultura política brasileira onde utiliza-se a conciliação “[...] *como forma de preservação dos interesses fundamentais das classes dominantes na nossa sociedade e a [...], utilização da] contra-revolução preventiva como estratégia anticrises*” (LEMOS: 2002, p. 289). A anistia no Brasil funciona enquanto mecanismo de articulação de uma série de outras

medidas em curso pelo regime para conter o avanço da oposição e dos movimentos sociais que vinham, justamente, articulando-se entorno do tema da libertação dos presos políticos.

O contexto de inserção da Lei n.º 6.683/1979 em nosso ordenamento resta bem caracterizado no estudo de Câmara da Silva sobre a tramitação da lei:

“Preocupado em garantir o ritmo e o alcance do processo de abertura em curso, o presidente Geisel encaminhou, ao final de seu governo, uma série de reformas que modificaram significativamente as estruturas políticas vigentes, constituindo-se num verdadeiro legado para o seu sucessor. A fim de esvaziar o movimento das ruas e implodir a frente oposicionista, facilitou a concessão de passaportes e títulos de nacionalidade a brasileiros que viviam no exterior por motivos políticos, e fez aprovar a Emenda Constitucional n.º 11, que além da extinção do AI5, eliminou o caráter perpétuo das penas previstas na Constituição.” (2007, pp. 103-104)

Seguindo com Câmara da Silva, a Anistia proposta e aprovada pelo Governo Figueiredo:

“[...] se apresentava como item de suma relevância para o controle do processo político da abertura, “cada vez mais sob risco de ultrapassagem do governo pelo movimento popular” (Teixeira da Silva), tendo-se em vista a larga mobilização que havia ganhado as ruas em torno do lema “anistia ampla, geral e irrestrita”.” (*ibidem*: 98)

Funcionando como uma faca de dois gumes, a anistia aprovada representou enorme avanço aos movimentos democráticos sem, contudo, representar uma derrota para o regime, uma vez que fora efetivamente mediada e controlado por este. O problema que decorrerá desta medida transicional, inobstante, será sua deslegitimação pelo decurso do tempo. Sendo um ajuste conjuntural para a abertura política, a anistia acaba não se sustentando historicamente, na medida em que (i) falha enquanto política do perdão, deixando a propalada “reconciliação nacional” fortemente abalada e, ainda, (ii) por ter sido “acertada” em “acordo político” travado num contexto onde o governo detinha todos os meios de força e, ainda, submetia o Congresso Nacional com medidas de exceção, o “pacto político-jurídico” passa a

ser fonte de permanente questionamento, mesmo após sobre ele se manifestar a corte máxima da República. Melhor exploremos estes dois itens:

Conforme posto, uma política do perdão sincera depende, para que seja efetiva, de um deslocamento do Estado para fora do conflito posto. A ideia de “reconciliação nacional” – mais propícia a contextos de guerra civil do que de ditaduras militares – implica na assunção por parte dos dois (ou mais) lados em conflitos de que o Estado é uno e, independentemente de quem o tenha liderado, deve prover iguais direitos e proteção a todos. Nesse sentido é que o Estado se afasta do conflito, anistiando aqueles que contra ele se insurgiram e afastando, punindo ou igualmente anistiando, aqueles que o defenderam. Procedendo desta maneira o Estado efetivamente vale-se da anistia enquanto elemento estratégico para recomposição de seu local de imparcialidade ou, pelo menos, de equidade, mesmo sem que exista uma efetiva reconciliação entre os grupos em disputa.

Ocorre que quando, como no Brasil, a anistia não vem acompanhada de uma verdadeira exclusão do Estado enquanto pólo do conflito, na prática, sua inserção apenas serve como meio de destensionar determinada conjuntura. É neste sentido que a anistia, no caso brasileiro, muito mais funciona como um mecanismo transicional puro, sem nenhuma preocupação com uma justiça de transição. A anistia funciona como meio de abertura do regime, mas não como política do perdão. Daí a tese já apresentada anteriormente, defendida por Genro, de a anistia no formato originalmente proposto possuir uma limitação latente para a adesão subjetiva das partes, uma vez que trata de um perdão conferido ao ofendido pelo ofensor, o que logicamente não faz qualquer sentido. Para que funcionasse como efetiva política do perdão, a anistia precisaria vir cumulada com outras medidas que permitissem dissociar “regime” e “Estado”. Num contexto onde, como demonstrou-se anteriormente, existe uma confusão entre “forças armadas”, “regime” e “Estado”, é impossível pensar na anistia como móvel da reconciliação nacional num contexto onde os militares seguem no poder. A abertura política subsequente, mesmo tendo desaguado, dez anos depois, na eleição direta de um Presidente da República pela democracia, não tem o condão de afastar a desproporção da pretensão de ter-se na anistia um ato de perdão do Regime para com os resistentes.

É assim que o paradoxo da vitória de todos presente na aprovação transmuta-se, com o tempo, numa divergência irreconciliável de leituras entre aqueles que entendem a anistia como esquecimento e aqueles que a enxergam como o início do processo de justiça para com as vítimas e, conseqüentemente, como um estágio embrionário de uma justiça de transição. A impossibilidade da compatibilização se torna mais evidente, por exemplo, ao tentar inserir-se a ideia de anistia enquanto pacto de esquecimento na divisão esquemática da efetivação da justiça de transição no Brasil em três etapas, conforme proposto por este estudo. Ora, se a anistia é esquecimento, não é possível considerar que o período de acumulação de forças da sociedade civil tido na década de 1970 seja coroado pela promulgação lei. Justamente o oposto: ao ler a anistia como esquecimento e, mais ainda, como ato de assimétrico de perdão bilateral, está-se a fixar em 1979 um marco anti-democrático de impunidade e, mais ainda, como encerramento de um processo que (desde a perspectiva do regime) se esgota.

Soma-se a este déficit em promover verdadeira adesão subjetiva à ideia de reconciliação um segundo problema, ainda mais grave, de legitimação material da lei, que acaba por conduzir a um questionamento sobre sua validade formal num Estado de Direito. Neste sentido, avolumam-se fatos que, desde a perspectiva democrática, viciam o processo da lei.

Primeiramente, a lei de 1979 foi aprovada por um Congresso Nacional controlado por um conjunto de medidas de força. A tese de que a lei cumpriu regularmente o trâmite indicado existente à época (veja-se, por exemplo, SWENSSON JUNIOR: 2007), permite a assunção de sua validade formal, mas não resolve o problema da legitimidade material da lei. Assim, a primeira questão que surge, necessariamente, é a de ser ou não lícito a um regime perdoar seus próprios crimes. De qualquer ângulo que se examine, ao entender-se que a lei de 1979 é bilateral, insurge a problemática do controle do regime sobre as instituições, que culminaria em transformar a anistia de 1979 em uma auto-anistia por parte do regime e, ainda, em uma simples concessão deste em relação aos presos e perseguidos políticos.

Em segundo lugar, importa reiterar tese já apresentada de que o golpe de 1964, ao romper com a o regime constitucional e com o Estado de Direito, inaugura uma cadeia de atos ilícitos praticados em nome do Estado. Desta feita, as condutas criminalizadas pelo regime e, posteriormente, anistiadas, podem ser simplesmente desconsideradas enquanto ilícitas frente

ao Estado de Direito. Se a lei que tipifica a conduta é materialmente ilegítima, pois carente de validação democrática e, ainda, formalmente inválida, haja vista que o procedimento de aprovação fora igualmente adulterado por medida de força decorrente do ato ilegal e ilegítimo original, não há sequer de se falar em anistia aos perseguidos fora do escopo do discurso político-pragmático da época, que objetivava angariar forças contra a ditadura.

É assim que a lei de anistia, funcional enquanto medida de transição, torna-se abjeta enquanto medida de justiça. Desde a perspectiva da justiça de transição, a lei de anistia, com as interpretações que lhe foram dadas, serve como causa de impunidade para os crimes da ditadura e, ainda, legitima a criminalização da resistência, na medida em que considera perdoadas condutas que o próprio regime tipificou com crimes no afã de garantir sua subsistência.

A Lei n.º 6.683 de 1979 funciona, assim, como mecanismo procedimental para reduzir a tensão política sem diminuir o controle do regime sobre o Estado e sobre a sociedade, viabilizando a abertura, porém não funciona como política do perdão, quanto menos de reconciliação nacional. Ao assumir para si um “lado”, no caso, o do regime, a lei fundamenta o paradoxo da vitória de todos contido na etapa inicial da justiça de transição brasileira, tornando-se a um só tempo marco da reabertura e da insurgência dos direitos das vítimas e, ainda, símbolo da força do regime e de sua capacidade de produzir impunidade. O paradoxo da anistia gerará efeitos contínuos na justiça de transição brasileira, gerando tensionamento interno em todas as políticas transicionais na medida em que nubla as distinções entre Estado e regime, direito e não-direito, vítima e ofensor. Cada dimensão da justiça transicional dialogará diferentemente com este paradoxo, como se verá no capítulo 04.

3.4. Eleições e democratização vertical

O segundo mecanismo comumente utilizado para fomentar a transição política é a realização de eleições. Antes de avançar neste argumento, inobstante, importa destacar que a realização de eleições, para que contribua com a transição política, implica na necessidade de que estas tenham um razoável grau de lisura e legitimidade. Muitos regimes não-democráticos utilizam eleições manipuladas ou fraudadas como meio para criarem uma aparência de

legitimidade, assim como criam leis – e os atos institucionais são notabilíssimos neste sentido – para tentar emprestar ao Estado de fato algumas características de um Estado de Direito.

Como visto no item 1.3.2 deste trabalho, discute-se fortemente na literatura em que medida a inclusão de processos eleitorais livres em um regime não democrático é um mecanismo para a transição ou, ao contrário, um resultado esperado desta. Sem pretender resolver este impasse, o presente estudo trata a inserção de uma dinâmica eleitoral com capacidade efetiva de promover alternância no poder como “mecanismo para a transição” por verificar, na esteira de Nohlen e Thibaut, que este foi o quadro mais comum durante o último ciclo de democratização da América Latina durante a terceira onda:

“No Uruguai (1980) e no Chile (1989) foram plebiscitos, convocados por governos autoritários e respectivamente perdidos, os detonadores da redemocratização; já se mencionou anteriormente a importância das eleições no processo brasileiro entre 1974 e 1984; na Nicarágua, as eleições de 1990 trouxeram uma inesperada mudança no poder, tanto para os sandinistas quanto para a oposição triunfante, selando assim o processo político de abertura iniciado em 1987; em El Salvador e na Guatemala, o precário processo de democratização dos anos oitenta consistiu essencialmente na promoção de mudanças sucessivas na função das eleições, cada vez mais limpas e crescentemente mais significativas para a formação do governo. [...] Em muitos países latino-americanos as eleições não constituíram, neste sentido, o fim da transição, mas sim foram elementos centrais dos processos de democratização, influenciando fortemente em sua dinâmica.” (NOHLEN & THIBAUT: 1994, pp.17-18 - tradução livre⁹⁴)

Num sentido muito próximo, Angell, Kinzo & Urbanjera apontam que as eleições ganharam especial importância enquanto mecanismo de transição na América Latina na medida em que substituíram a possibilidade de acesso ao poder dos setores conservadores (ou,

⁹⁴ “En Uruguay (1980) y en Chile (1989) fueron plebiscitos, convocados por los gobiernos autoritarios y respectivamente perdidos, los detonantes de la redemocratización; ya se mencionó más arriba la importancia de las elecciones en el proceso brasileño de *apertura* entre 1974 y 1984; en Nicaragua, las elecciones de 1990 trajeron un inesperado cambio de poder tanto para los sandinistas como para la oposición triunfante, sellando así el proceso político de apertura iniciado en 1987; en El Salvador y Guatemala, el precario proceso de democratización en los años ochenta consistió esencialmente en un cambio sucesivo de la función de las elecciones, cada vez más limpias, y crecientemente significativas para la formación del gobierno. [...] En muchos países latinoamericanos, las elecciones no constituyeron, en este sentido, el fin de la transición, sino que fueron elementos centrales de los procesos de democratización, influyendo en alto grado en su dinámica.”

“de direita”, “*right*”) por meio da força, garantindo, desta forma, que o novo meio de acesso ao poder pelas elites fosse, mesmo que em pequena medida, igualmente acessado pelo restante da sociedade, o que de si passou a estimular a competição que posteriormente dinamizaria o cenário eleitoral e lhe agregaria verdadeira legitimidade material:

“Outra razão para a crescente importância das eleições na América Latina é que os setores políticos de direita empenharam-se em acessar o poder por meio das eleições. No passado, a direita frequentemente acendeu ao poder com apoio de intervenções militares. Na seqüência da onda de governos militares das décadas de 1960 e 1970, a direita tentou, nem sempre com sucesso, exercer influência cooperando com os governos autoritários. Com o fracasso destes governos e o retorno à democracia, a direita adentrou à arena eleitoral.” (ANGELL, KINZO & URBANJERA: 1996, p.188 - tradução livre⁹⁵)

No marco de seu estudo, os autores ainda identificam a influência da insurgência das políticas neoliberais que passariam a se instalar no continente, somada ao momento de reestruturação das organizações de esquerda pós fim do regime soviético como um elemento chave da mudança da correlação de forças que permitiria as elites dirigentes inserirem o mecanismo eleitoral com relativa segurança de que isso, pelo menos em um primeiro momento, não afetaria sua capacidade de gestão e influência sob o Estado e a sociedade: “*O fizeram assim com alguma confiança em função de suas novas crenças no ideário neoliberal, uma doutrina em evidente ascensão na política internacional, e por ver a esquerda lutando para reorganizar sua própria ideologia após o colapso do comunismo internacional*” (*ibidem*: p.188 - tradução livre⁹⁶).

Num cenário com estas características, as eleições “*servem não apenas como uma expressão da vontade popular, mas também como evidência de que tanto a direita quanto a esquerda, cuja aderência à democracia no passado havia sido, na melhor das hipóteses,*

⁹⁵ “Another reason for the increasing importance of elections in Latin America is that the political right is presently committed to seeking power through elections. In the past the right frequently sought power through support from military intervention. Following the wave of military government in the 1960s and 1970s, the right tried, through not always successfully, to exercise influence through cooperation with authoritarian governments. With the failure of those governments, and the return to democracy, the right has entered the electoral arena.”

⁹⁶ “It has done so with some confidence because of its new found belief in neoliberal ideas, a doctrine that is seen to be in international political ascendancy, and because it sees the left struggling to assemble its own ideology following the collapse of international communism”

condicionada, agora aceitam as regras de uma democracia pluralista” (ibidem: p.187 - tradução livre⁹⁷).

A estratégia de utilizar as eleições como caminho para a democratização tem pelo menos duas vantagens evidentes desde a perspectiva do regime não-democrático: primeiramente, permitem que a inserção de um processo que Arturi define como democratização “pelo alto” (1995), e que aqui chamaremos de “democratização vertical”, vá gradualmente distendendo a sociedade, sem que o fim do regime de exceção caracterize-se por uma ruptura do sistema institucional que ocasionaria outras perdas para a sociedade (e para o próprio regime); em segundo lugar, ao realizar a abertura por uma via institucionalmente pré-existente (mesmo que atrofiada), o regime permite a um só tempo que as elites e a oposição organizem-se em partidos e passem a disputar espaço na sociedade, num processo que legitima a tomada de decisões, emprestando legitimidade para o próprio processo transicional, o que, duplamente, legitima o novo regime que surge mas também o regime anterior, que dissolve suas características mais autoritárias em meio ao pluralismo institucional insurgente, reduzindo o risco de busca de prestação de contas em relação ao passado.

Ainda considerando as vantagens para o regime da eleição enquanto mecanismo de abertura, deve-se assinalar que a comparação de padrões estatísticos obtidos no período 1982-1995 nas eleições latino americanas reforça o argumento de Angell, Kinzo e Urbanjera sobre a relativa segurança do regime em abrir-se sem perder completamente a liderança que detinha, como se pode verificar no quadro abaixo extraída de Echegaray:

⁹⁷ “[...] serve not only as expressions of popular choice, but as evidence that both the left and the right, whose attachment to democracy in past has been conditional at best, now accept the rules of pluralistic democracy”

QUADRO 05: Medida de tendência central das variáveis dependentes e independentes no cenário eleitoral latino americano (1982-1995)

Variáveis	Todos os Casos	
	Média	Desvio Padrão
Votos do partido da situação	35,95	15,29
Voto anterior	46,34	13,21
Força do partido	28,05	10,09
Taxa anual média do PIB	2,26	3,65
Taxa de desemprego	2,41	1,20
Taxa de variação da inflação	3,66	1,82
Taxa de variação do clima político	-0,46	2,16
Popularidade presidencial	34,00	19,05
Vantagem líquida do candidato 1	-7,16	15,34
Vantagem líquida do candidato 2	0	13,24
N = 36		
Fonte: Echegaray: 1998, p.95.		

A ideia presente é que, mesmo com o alto desvio padrão e a real possibilidade de perda do poder pelo resultado das eleições, num período de 13 anos, os político do regime mantiveram-se fortemente presentes e influentes no cenário eleitoral. Nas palavras do sistematizador da pesquisa:

“Em média, os eleitores têm favorecido o situacionismo com 36% dos votos válidos no nível presidencial, um número que – em certas circunstâncias e com a legislação eleitoral em favor – garante a primeira minoria (e, conseqüentemente, a reeleição), e que em outras ocasiões pelo menos permite disputar o segundo turno. Por outro lado, esse apoio tem sido tudo menos homogêneo entre eleições e eleitorados: em média, a dispersão de apoio (desvio padrão) flutuou 15,3% para cima ou para baixo

daquela proporção de votos válidos. Isso significa que, juntamente com uma orientação timidamente favorável à continuidade política, existiram demonstrações dramáticas de respaldo e repúdio às forças no governo. Em outras palavras, tal dispersão significa que, em sete de cada dez eleições presidenciais que venham ser examinadas (e.g. equivalente a um desvio padrão), os votos coletados pelo situacionismo podem ter flutuado entre 11% e 51% [...]” (ECHEGARAY: 1998, p.96)

A situação brasileira difere-se ligeiramente da dos demais países latino-americanos pelo fato de, durante a ditadura, terem ocorrido de modo mais ou menos regular procedimentos eleitorais. A organização bipartidária e as constantes alterações no procedimento eleitoral, em parte já analisadas no tópico anterior sobre a aprovação da lei de anistia, permitiam ao regime a possibilidade de, por meio de eleições não-democráticas, garantirem um aspecto de legitimidade a si, de legalidade as medidas de arbítrio e, sobretudo, permitiam a manutenção de uma oposição fortemente controlada com quem “dialogar”. Tudo isso, evidentemente, influencia a entrada em cena de eleições que passaram a democratizar-se num processo de imposição vertical de alterações nas regras eleitorais por parte do regime e, posteriormente, de democratização vertical, com a vontade popular surgindo nas frestas dos acordos entre elites.

Distinguindo o Brasil dos demais países do continente, Angell, Kinzo & Urbanjera apontam que:

“O Brasil foi a única ditadura militar latino-americana que manteve eleições regulares para o Congresso, as assembleias estaduais e as câmaras de vereadores. Porém estas eleições dificilmente configuraram-se enquanto práticas democráticas. Não haviam eleições diretas para presidente, escolhido em teoria por um colégio eleitoral composto por membros do Congresso e por delegados das assembleias estaduais, mas na prática por um grupo restrito de militares de alta patente. Igualmente não haviam eleições para governadores e para os prefeitos das capitais, consideradas “áreas de segurança nacional”. [...] O governo nunca exitou em valer-se de intimidação contra os candidatos da oposição. Após 1973, quando inicia-se um processo de liberalização controlada, a oposição usou a televisão a seu favor na campanha para as eleições. A resposta do governo foi a imposição de restrições ao

acesso da oposição à mídia, e a promoção de constantes tentativas de alterar dispositivos do sistema eleitoral de modo a causar desvantagem à oposição. Mas mesmo com todas estas restrições a votação da oposição seguiu aumentando, especialmente nas áreas urbanas modernas, e este constante aumento passou a minar a pretensão de legitimidade do regime, uma vez que cada eleição era, na prática, um plebiscito sobre o governo militar.” (ANGELL, KINZO & URBANJERA: 1996, p. 189. - tradução livre⁹⁸)

O continuo acumular de forças democráticas pressiona o regime que, paulatinamente, passa a ampliar a efetividade democrática do processo eleitoral, que vai gradualmente tornando-se mais amplo, mais participativo e, finalmente, mais livre. A abertura começa pela liberalização das eleições legislativas, razão pela qual Arturi destaca que:

“A escolha do calendário eleitoral e da arena legislativa para conduzir e ritmar a transição foi fundamental para a estratégia do governo, pois liberalizou uma área do sistema político com grande valor simbólico na legitimação deste processo e com pouco peso decisório” (1995, p.16).

Evidentemente, como tudo ademais na transição brasileira, este processo foi lento e gradual, mas garantia que, pouco a pouco, uma oposição até então fortemente controlada e muitas vezes figurativa pudesse começar a angariar verdadeira capacidade de ação, seguindo com Arturi:

“A oposição parlamentar aceitava as regras do jogo unilateralmente impostas e constantemente modificadas pelo governo, percebendo os ganhos políticos advindos do processo. Estes ganhos consistiam, basicamente, no aumento de seu poder político real, através do seu crescimento eleitoral constante, e no fortalecimento

⁹⁸ “Brazil was unique among the Latin American military dictatorships in holding regular elections for congress, the state legislatures, and municipal offices. But those elections hardly conformed to democratic practices. There was no direct elections for the president, who was chosen in theory by an electoral college composed by members of congress and delegates from state legislatures, but in practice by a restricted group of senior military officers. Neither were there elections for state governors, for the mayors of the capital cities considered to be “areas of national security”. [...] The government did not hesitate to use intimidation against opposition candidates. After 1973, when a process of controlled liberalization began, the opposition used television to its advantage in electoral campaigns. The response of the government was to impose further restrictions on the opposition’s access to media, and constant attempts to device electoral systems that would disadvantage the opposition. But for all these restrictions, the opposition vote continued to grow, especially in the modern urban areas, and this steady growth undermined the military regime’s claim to legitimacy, for each election was in effect a plebiscite on the military government.”

gradual da sociedade civil e dos movimentos sociais que demandavam a redemocratização no país.” (1995, p.17)

Novamente aludindo o processo de aprovação da lei de anistia dantes analisado, temos a lembrança da importante e decisiva atuação de parlamentares como Teotônio Vilela, que desde uma arena legislativa ainda pouco aberta e muito instável, conseguiram dar atenção e agregar apoio social para a luta e a greve de fome dos presos políticos que clamavam por anistia, em um excelente exemplo de uma esfera real de poder e influência que passavam a existir durante a abertura.

O modelo de abertura pela via eleitoral tido no Brasil, desta feita, permitiu a um só tempo desviar de um grande problema e, ainda, acomodar variáveis altamente complexas da política nacional. Conforme já referido acima, o processo de democratização pela via eleitoral garante um “transfusão” de legitimidade do novo regime insurgente para o regime anterior, na medida em que a continuidade institucional turva a distinção entre ambos fomentando uma sensação de continuidade. Angell, Kinzo & Urbanjera apontam como um dos grandes problemas do processo transicional latino americano que *“com o retorno à democracia [...] as reformas institucionais e eleitorais são temas de debate nos países na medida na medida em que os países tentam criar sistemas políticos que não entrem em colapso frente a pressão social e as crises econômicas”* (op. cit., p.185 - tradução livre⁹⁹). Com uma abertura controlada pelo próprio regime, que altera as regras do próprio procedimento eleitoral para que este se ajuste a suas expectativas, evitou-se a possibilidade de colapso pela via eleitoral, uma vez que esta se autonomizava muito gradualmente. O governo contava, em última análise, com dois importantes mecanismos de controle do desenvolvimento da verve política na sociedade brasileira: de um lado, permitia a existência de uma oposição moderada, que representava diversos setores sociais potencialmente explosivos e, desta feita, mantidos sob controle; de outro, podia a qualquer tempo alterar a legislação eleitoral, formar maiorias artificiais e caçar parlamentares, ou seja, garantia que apenas a oposição que o próprio regime considerava razoável existisse institucionalmente.

⁹⁹ “[...] with the return to democracy [...] institutional and electoral reform are subjects of debate as countries attempt to devise political systems that do not collapse in the face of social pressure and economic crises”

É assim que a abertura controlada permitiu o desvio de qualquer possibilidade aguda de crise, na medida em que as reformas institucionais eram produzidas por um parlamento submetido e que, em última análise, a reforma eleitoral seguia os desígnios do regime.

Ainda, ao adotar tal formato, o regime garantiu uma ampla possibilidade de acomodação das elites no novo sistema político, valendo-se do processo para equacionar interesses de elites regionais e outros grupos de interesse, não necessariamente democráticos, que caracterizam a cultura política nacional. Novamente valendo-me de Arturi:

“[...] a longa duração e o gradualismo da fase de liberalização política, desenvolvida através de um processo eleitoral constantemente manipulado em suas regras pelos detentores do poder, criaram a percepção de uma “normalização” do processo político desenvolvido sob a legislação institucional imposta pelo regime autoritário. A aceitação implícita pelos líderes opositoristas desta estratégia de liberalização reforçou crescentemente os setores liberais e moderados da oposição, ao mesmo tempo que constrangia os setores do regime autoritário que se opunham àquele projeto. [...] no caso brasileiro o êxito da transição “pelo alto” reforçou as características históricas de conciliação das elites sociais e políticas, em detrimento de alternativas mais democratizantes, embora mais arriscadas [...]” (1995, pp. 11-12).

Arturi destaca ainda mais uma característica importante do processo de abertura por meio eleitoral, no que concerne à rearticulação da elites: o fim do bipartidarismo artificial fragmentou a própria oposição. Com isso, “*facilitou a acomodação das elites políticas, permitindo que a transição “pactada” se realizasse exclusivamente em termos institucionais, sem pactos explícitos e substantivos entre os atores políticos*” (*ibidem*, p.20). Essa característica de “institucionalidade” que a democratização vertical ensejou fica mais clara quando comparamos o caso brasileiro com seu análogo mais caro, já aqui cotejado, que é a transição espanhola, e será resgatada pelo STF quando questionada a validade da lei de anistia, transcorridas décadas desde o momento em análise (cf.: item 4.4 deste estudo).

Enquanto na Espanha os “pactos de Moncloa” efetivamente traduziam uma nova conformação social que se ajustava após o fim da ditadura, no Brasil os partidos políticos não

necessariamente tinham legitimidade ou, no jargão, “peso político” verdadeiro para uma mesa de negociações, não sendo surpreendente que esta possibilidade não tenha se efetivado nem mesmo no próprio debate da anistia. Contribuem para isso tanto o excessivo poder que o regime brasileiro sempre manteve sobre a transição, quanto as características do próprio período, no qual os movimentos sociais centravam-se justamente na pauta das “eleições livres” e das “diretas já”, e não em suas pautas próprias e típicas, que voltariam a se desenvolver no processo constituinte e no pós-1988. Desta segunda característica é que decorre a própria ausência de atores sociais a serem chamados para pactuar. Mesmo no fantasioso relato que apresenta a lei anistia de 1979 como um “acordo” entre direita e esquerda, os interlocutores sempre são aqueles institucionalmente respaldados pelo regime, o que leva a falência da ideia de pacto, pois só estavam autorizados a dialogar aqueles reconhecidos pelo regime.

Decorre disso que, enquanto na Espanha a lei de anistia foi referendada em plebiscito e uma nova constituição imediatamente aprovada, no Brasil a lei de 1979 foi sempre protegida e defendida por setores conservadores, que historicamente negaram-se mesmo a discuti-la e, ainda, entre a lei e a constituição transcorreu-se quase uma década inteira. Foi neste tempo que gradualmente a sociedade política passou a se reorganizar.

O processo de democratização por via eleitoral no Brasil pode, assim, ser definido como um processo de democratização vertical, uma vez que surge – novamente em oposição ao caso espanhol – não desde uma base identificável que pressiona a estrutura formal do Estado defasada desde a perspectiva democrática, mas sim de uma “democratização”, melhor lida como um “acerto de elite”, entre aqueles que detinham o poder e que vão, gradualmente, permitindo que opositores moderados entrem em cena, sem que haja qualquer participação social efetiva na tomada de decisões. É evidente que, mesmo na controladíssima transição brasileira, o espaço político se autonomiza com o tempo e o processo que antes era vertical passa a horizontalizar-se e tornar-se mais inclusivo, mas disso não decorre que, na atualidade, passados mais de 20 anos da transição, tenhamos um sistema representativo ajustado aos interesses da maioria. Sem a presença forte do Estado para alterar a legislação eleitoral de modo autoritário, as reformas no sistema político brasileiro pouco avançaram nos últimos 25 anos, com as maiorias parlamentares mais interessadas em manter-se e garantirem sua

sustentação no tempo do que com uma efetiva reformulação dos procedimentos eleitorais que garantam o aprimoramento democrático.

O *modus operandi* do processo, aproveitado em alguma medida pela oposição, acabou por conduzir o país a um modelo de democratização no qual as eleições acabaram favorecendo fortemente a implantação do regime democrático na esfera formal, sem com isso efetivamente garantirem a materialização da democracia eleitoral em uma democracia efetiva. Renato Lessa argumenta no mesmo sentido ao defender que o processo brasileiro cataliza a “*implantação*” de um regime democrático, mas não sua “*consolidação*” (1989), daí o questionamento apresentado no item quatro do primeiro capítulo deste estudo, onde define-se que “*democratização*”, em seu sentido mais corrente na literatura, significa simplesmente “*instalação de uma democracia formal*” com um mínimo de legitimidade e segurança.

A se considerarem os valores democráticos substantivos oriundos de uma ideia normativa de Estado de Direito, tem-se que o processo transicional brasileiro, no que concerne ao mecanismo “*eleições*”, mostrou-se eficiente para a concretização pura e simples do próprio processo eleitoral – sendo esta sua contribuição à democratização – sem ser efetivamente capaz de garantir que, na esteira do desenrolar da história, este mesmo processo eleitoral se democratizasse materialmente. Mesmo com a vitória da oposição nas eleições presidenciais de 2002, que testou verdadeiramente a capacidade das eleições nacionais em permitirem alteração efetiva no poder, com a eleição de um partido de esquerda, alguns défices graves do sistema, herdados do processo transicional, seguem presentes e passam a ser enfrentados apenas no final da década de 2000 e início da de 2010, com a inserção no jogo eleitoral de regras para a fidelização partidária e a inviabilização de candidaturas de políticos condenados criminalmente.

A dificuldade em alterar o processo eleitoral nas bases postas no período pós-ditadura, num amplo processo de acomodação de elites no regime democrático, é, talvez, a principal herança negativa deixada ao país pelo processo de democratização com as eleições enquanto meio estruturante. Disso decorrem a ausência de uma cultura cívico democrática e, ainda, a perpetuação no poder de representantes históricos de elites oligárquicas que apenas passam a perder influência no cenário eleitoral com a sucessão hereditária¹⁰⁰. Se de um lado resta claro

¹⁰⁰ Caso notório das famílias de José Sarney e Antônio Carlos Magalhães, para citar apenas dois.

que a estratégia do regime pela “democratização vertical” desde o acordo de elites foi eficiente para os fins a que se propôs, garantindo uma abertura controlada, com uma oposição moderada e, ainda, com a perpetuação do poder político de seus agentes no tempo, igualmente é fácil constatar como hoje, na segurança de nosso mais longo período democrático, passam a surgir novas culturas políticas e novas práticas legais, orientadas pela ideia-força do Estado de Direito, que passam a alterar a conjuntura geral e objetivam o melhor desenvolvimento dos mecanismos eleitorais e, ainda, de outros mecanismos participativos que complementam e efetivam a democracia sem recorrer à representação (cf.: BONFIM, 2004; ABRÃO & TORELLY, 2009-A).

Mecanismos transicionais simples, como o “*vetting*” ou “*depuração*”, que objetivam a exclusão do aparelho público estatal de agentes ligados a violações graves aos direitos humanos durante o regime, não foram utilizados no Brasil, inobstante, no ano de 2010, os movimentos sociais foram capazes de aprovar uma legislação publicitariamente referida como “lei da ficha limpa” que, na escala penal e administrativa, simula procedimento similar porém mais radical, impossibilitando a eleição de candidatos com qualquer condenação criminal. Se de um lado a inclusão de medidas desta natureza no jogo eleitoral o aprimoram, não deixa de ser curioso destacar, ao concluir o tópico, que no Brasil seu desenvolvimento se dê num contexto onde o debate sobre a justiça de transição não se faça presente, demonstrando como o Estado de Direito paulatinamente se impõe, muitas vezes desviando-se dos obstáculos postos pela própria transição.

3.5. Luta pela anistia e movimentos sociais pós-1988 - o ocaso de um movimento

Após analisarmos a anistia e as eleições como mecanismos transicionais no Brasil, resta finalmente procedermos a análise do papel dos movimentos sociais na articulação política pró-democracia que se instala no Brasil durante a transição. A tese a ser aqui apresentada é de que a baixa demanda social por justiça de transição no Brasil terá fundamento na satisfação social tida com a anistia e com a redemocratização, esvaziando a pauta de reivindicações gerais, que passa a se fragmentar na agenda plurívoca dos novos movimentos sociais, *pari pasu* ao isolamento do movimento de familiares de mortos e

desaparecidos, que acaba desconectando-se das pautas menos ideológicas e politicamente identificáveis dos novos movimentos sociais.

As pautas da anistia e da democratização, tipicamente transicionais, foram assumidas por movimentos sociais de características clássicas, em contraposição à atual pauta dos movimentos sociais pós-1988, tipicamente inserida no modelo dos “novos movimentos sociais”. Nesse sentido, a combinação da satisfação das duas principais bandeiras dos movimentos pró-democráticos, com a anistia de 1979 e a constituinte seguida de eleições livres no final da década de 1980, somada ao ocaso dos movimentos sociais clássicos levou à sociedade brasileira a um amplo desenvolvimento de seu terceiro setor, porém este desinteressou-se de modo mais geral da pauta transicional. Considerando a assertiva de Teitel, de que *“a sociedade civil joga um grande papel em manter este debate [da justiça de transição] vivo, em seguir dizendo que é necessário mais do que simplesmente eleições para que uma transição seja completa”* (2010, p.36), a constatação que passo a fundamentar tem extrema relevância, pois ajudará a iluminar o quadro de “geração” de políticas de justiça de transição no Brasil, movidos muito mais por impulso estatal do que por efetiva pressão e demanda social.

Para proceder a análise, preliminarmente importa estabelecer a distinção entre movimentos sociais “antigos” ou, como prefiro, “clássicos”, e os chamados “novos movimentos sociais”.

Os movimentos sociais clássicos, originados pelas amplas transformações do mundo do trabalho com a industrialização e com as organizações laborais delas decorrentes, caracterizam-se, grosso modo, por sua amplitude existencial e características político-ideológicas bastante definidas, quase que constituindo cosmovisões pós-metafísicas. Os novos movimentos sociais, típicos do final do Século XX, sub-produtos do ocaso das grandes disputas políticas transglobais, perfilam-se de modo distinto. Nas palavras de Sobottka:

“Enquanto os antigos movimentos (sindicatos, associações de moradores, organizações políticas, etc.) orientavam suas ações estrategicamente, os novos voltam-se para a afirmação de identidades ou valores considerados universais (movimento ecológico, feminista, pela democracia).” (2000, p.84)

A descrição dos movimentos sociais clássicos, igualmente proposta pelo autor, é basilar, e permite facilmente localizar as raízes dos movimentos que deram suporte à luta pela anistia até 1979 e, ainda, os que a elas se somaram posteriormente a isso, quando os sindicatos levantam-se durante o agravamento da crise econômica, sobretudo no ABC paulista, somando-se as forças pró-democracia e marcando o último período não democrático da transição, que deságua no “diretas já”:

“Diferentemente dos novos movimentos sociais [...], os que aqui foram objeto de estudo [movimentos sociais clássico] eram ideologicamente definidos, tinham frequentemente projetos de mudança radical da sociedade e eram políticos, no sentido de estarem voltados ao jogo do poder antes que a expressões culturais alternativas. Surgiam como oposição à despolitização das relações sociais e de produção, às limitações da liberdade impostas pelos governos militares, ao alinhamento e subordinação política de sindicatos, associações de moradores e outras formas de organização dos cidadãos aos ditames do Estado e deste aos interesses de grupos econômicos, bem como ao clientelismo das organizações criadas para a defesa dos interesses dos desfavorecidos.” (*ibidem*, p.85)

A manifestação de Arantes (2009), já transcrita no item 3.3 capítulo, dá a dimensão devida do movimento da anistia desde a perspectiva testemunhal e é corroborada pela tese de Del Porto (2009), igualmente já apresentada. O movimento pela redemocratização no Brasil assenta-se nas bases da luta contra o regime, levada à cabo por movimentos sociais de esquerda, altamente politizados, que chegaram a empunhar armas em alguns contextos específicos para a defesa de seus ideais. Com o avançar da democratização, a eles somam-se os movimentos operários, também caracterizados por um forte viés político anti-capitalista e, finalmente, apenas na segunda metade da década de 1980, com o movimento “diretas já” é que vemos a sociedade menos politizada ingressar na luta pró-democrática.

Os movimentos mais identificáveis de luta contra a ditadura são, portanto, movimentos amplos, eminentemente políticos e anti-sistêmicos, e estarão fortemente presentes na cena social entre 1964 e 1974, que Gohn define como a quarta fase das lutas

sociais da história brasileira (1995). Em sua obra, a autora assim define os movimentos sociais do período:

“[...] a fase de 1964-74 corresponde a um período de intensa articulação de forças políticas no Brasil, operando clandestinamente, em ações violentas respaldadas na ilusão da necessidade da luta armada como a única forma de instalar uma nova sociedade no país. Tomando por modelo as Revoluções Russa, Cubana e Chinesa, a luta armada foi a saída arquitetada como solução para a nação.” (*ibidem*: p. 105)

É neste período inicial da ditadura, que compreende o maio de 1968, que surgem os grandes atos do movimento estudantil, a Guerrilha do Araguaia, a implantação do movimento das Comunidades Eclesiais de Base da Igreja Católica e o movimento do Custo de Vida. O período seguinte – o quinto da história geral conforme proposta por Gohn – é o da luta pela redemocratização propriamente dita, caracterizado pelo ressurgimento sindical e o início da ampliação da pauta da esquerda, que move-se da “revolução” para o restabelecimento da democracia. De toda sorte, neste momento o mais relevante é a fixação da origem no formato clássico dos movimento de luta, pois os anos 1980 e a ampliação da adesão à pauta “democracia” marcam uma ruptura de continuidade do movimento que demandou a anistia. Se por uma lado ele se amplifica na campanha das “diretas já” e com a constituinte e as eleições livres, de outro, perde identidade.

Analisaremos três fatores inter-relacionados que ensejam este movimento de ampliação, saturação e ruptura: Primeiramente, o esgotamento cíclico do movimento pelo atingimento de seus objetivos e o isolamento do movimento de familiares de mortos e desaparecidos em uma pauta restrita. Em segundo lugar, a institucionalização dos partidos políticos e a absorção dos quadros e pautas dos movimentos sociais por novas formas de organização. Finalmente, em terceiro lugar, retomaremos a questão da mudança do tipo de movimento social que articula o conjunto das demandas sociais, migrando do formato clássico acima descrito para o formato dos “novos movimentos sociais”.

A primeira tese, do esgotamento de objetivos, é bastante bem ilustrada pela leitura de Jacobi sobre os ciclos dos movimentos sociais urbanos:

“A maioria dos movimentos segue um determinado ciclo de vida, configurado pela obtenção de resultados positivos ou negativos face às demandas e pelo nível de organização e mobilização conseguido. Geralmente a obtenção dos serviços reivindicados represente o fim do movimento e somente em certas situações as lideranças conseguem manter a população mobilizada visando reivindicar pela solução de outras carências.” (1987, p. 20)

A pauta da anistia, mesmo sem a aprovação de uma lei “ampla, geral e irrestrita” esgota-se em 1979. A continuidade desta demanda dependeria de uma adesão social mais ampla as demais bandeiras do movimento, como a punição dos torturadores, que não ocorreu, pois o grosso da sociedade aderiu a outra campanha, pela continuidade da abertura democrática. Esta nova pauta, da abertura, estruturou-se em dois eixos: eleições livres e constituinte. Também estas pautas esgotaram-se, sendo a constituinte, como veremos a seguir, o grande momento de transição de forma, na qual boa parte dos movimentos sociais existentes ou dissolvem-se ou aderem ao formato dos “novos movimentos sociais”, menos politizados e ideológicos.

A adesão social aos movimentos de cunho mais radical, que demandavam a condenação dos crimes da ditadura e do regime em si, permaneceu forte apenas entre aqueles que, justamente por integrarem organizações sociais de estrutura ideológica mais coesa como os movimentos armados e as organizações comunistas, permaneceram, em verdade, tentando derrubar o regime para substituí-lo por um novo, completamente diverso não apenas do anterior, mas também de uma democracia liberal e capitalista que via-se nascer.

O segundo fator relevante de desarticulação da demanda social entorno da justiça de transição é a própria institucionalização do pluripartidarismo e a absorção dos quadros e pautas políticas dos movimentos sociais por estes. Sobottka destaca a imposição do bipartidarismo como uma das principais causas da insurgência de um conjunto de movimentos sociais reivindicatórios no Brasil, haja vista a inexistência de outros canais de expressão e a maior agilidade de nossa transição em permitir a organização em movimentos não institucionais do que em partidos (2000: p.86). O fim do bipartidarismo permite a estas demandas que estavam sem representação no sistema político formal um re-ingresso na arena legislativa, alterando o tipo de instituição que alberga as pautas de reivindicação e, conseqüentemente, alterando o tipo de luta que estes atores se dispõem a levar a cabo na nova

conjuntura em que se inserem. A relação entre partidos políticos e movimentos sociais é sempre muito dinâmica e altamente variável de sociedade para sociedade. No caso brasileiro, a cultura política indica uma tendência de absorção dos movimentos pela máquina partidária, e não é acaso o maior partido da América Latina ser brasileiro e oriundo do movimento sindical.

O Partido dos Trabalhadores nasce justamente da consolidação de um amplo conjunto de movimentos sociais que parcialmente institucionalizam-se na nova agremiação partidária. A necessidade de organização desta nova estrutura consome grandes quantidades de energia e, evidentemente, implica na construção permanente de novos filtros temáticos, haja vista a necessidade de concentração de esforços e energias finitas. Ademais, o processo eleitoral passa a consumir enorme carga de trabalho de um conjunto de atores que, anteriormente, disputavam na arena social com pautas mais livres e específicas.

Trabalhando especificamente a relação do insurgente PT com os movimentos sociais da época, Jacobi assevera que:

“No caso de São Paulo, é fato inconteste que o peso que os militantes do PT exercem sobre a dinâmica de diversos movimentos, entre os quais se destacam o movimento de saúde da região leste, os movimentos de habitação e alguns movimentos de transportes.” (*op. cit.*: p.14)

E, ainda, identifica algo que seria posteriormente verificável em profusão:

“[...] segundo depoimentos obtidos junto a diversos representantes de órgãos públicos, principalmente nos setores de habitação e saúde, os movimentos que contam, em seu interior, com uma maior presença de militantes do PT [...] exercem uma pressão maior no plano reivindicatório” (*ibidem*: p.14).

Evidentemente o exemplo do Partido dos Trabalhadores é parcialmente aleatório, na medida em que outras agremiações partidárias também passaram a absorver e interagir com os movimentos sociais, mas dá a correta dimensão de um processo de institucionalização de demandas e caminhos de pressão que passou a ocorrer no país e que, em certa medida,

albergou de forma pouco eficiente a pauta transicional, tanto pelo conjunto de construções simbólicas contra ela movidas pelo antigo regime, quanto pela maior universalidade e satisfatividade de pautas mais gerais, como a saúde, moradia e tantas mais. Será justamente em função destas novas pautas que surgirão os novos movimentos sociais.

Se a característica principal dos movimentos sociais clássicos, como as primeiras versões do sindicalismo, eram a raiz política e ideológica marcadamente presente, os novos movimentos sociais destacam-se pela:

“[...] ausência de uma ideologia fechada e unitária, a pluralidade e fluidez temática, baixo grau de organização e burocratização aliada a rejeição de hierarquias internas, pulverização em pequenos submovimentos interconectados mas autônomos, recrutamento de membros independente de extratificações sociais, ênfase em uma identidade coletiva” (SOBOTKA: 2000, p.83).

Os últimos momentos de disputa dos movimentos sociais clássicos dar-se-ão no cenário da constituinte, e, posteriormente, em movimentos sociais de grande porte porém baixa capacidade de impacto na realidade global, como o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST). Afora casos isolados, a sociedade brasileira verá surgir na mobilização para a constituinte e, posteriormente, para a efetivação das garantias estabelecidas e inclusão de novos direitos, uma plêiade de novos movimentos tópicos, que não necessariamente possuem um perfil ideológico, mas apenas uma pauta de reinvidação que sustenta e garante um nível mínimo de articulação e desfaz-se plenamente após a obtenção do resultado, na exata medida acima descrita por Pedro Jacobi.

A nova pauta dos movimentos sociais pós-1988, na democracia, esvazia-se completamente da pauta da transição. Voltando ao estudo dantes referido de Maria da Glória Gohn:

“Os anos 90 redefiniram novamente o cenário das lutas sociais no Brasil, assim como deslocaram alguns eixos de atenção dos analistas. Os movimentos sociais populares dos anos 70/80 se alteram substancialmente. Alguns entram em crise: de militância, de mobilização, de participação cotidiana em atividades organizadas, de

credibilidade nas políticas públicas, de confiabilidade e legitimidade junto à própria população. Surgem novos movimentos sociais, centrados mais em questões éticas ou de revalorização da vida humana.” (*op. cit.* p.127)

Em certa medida, a reivindicação dos novos movimentos sociais terá muito mais relação com a consolidação democrática do que com os direitos da transição, que a própria democracia brasileira somente passará a melhor compreender a partir da segunda metade de década de 1990. Durante este período, a grande luta que representa a pauta transicional é a dos familiares de mortos e desaparecidos políticos, porém os familiares demonstram pouca habilidade em conectar com sua luta a dos novos movimentos sociais, as estruturas partidárias ou mesmo os espaços de participação direta, fato que, somado a pequena quantidade numérica de mortos e desaparecidos (se comparada, por exemplo, as ditaduras do Chile e Argentina), levou a um amplo isolamento do grupo, especialmente após a aprovação, em 1995, da lei n.º 9.140 sobre mortos e desaparecidos, que simbolizou, especialmente para setores mais reacionários da sociedade, o “encerramento” do assunto.

É assim que, voltando as três fases do processo transicional brasileiro por nós estruturada (confira-se: item 3.2), e que assenta-se parcialmente no próprio desenvolvimento dos movimentos sociais lido por Gohn, temos que na primeira, que ocupa quase toda a década de 1970, ocorre um grande conjunto de mobilizações e acúmulo de forças contra o regime, a aniquilação e desmantelamento das alternativas armadas de oposição e a transferência de forças para o movimento de luta pela anistia. A conquista da anistia encerra este período e inaugura um segundo, de luta pela democratização, onde temos o movimento pela anistia como germen da luta pelas “diretas já”, num processo de acumulação de forças que caracteriza-se pela ampliação do leque político-ideológico do movimento, ampliação esta, refira-se, que iniciou-se já com a adesão social ampliada a própria causa da anistia. Neste período vivemos eleições indiretas e o fim dos governos militares, além de um processo constituinte onde a demanda social por direitos atinge seu ápice e, ao mesmo tempo, se despolitiza radicalmente. O período democrático da transição brasileira se inicia com os assuntos típicos da própria transição relegados à segundo plano na ampla agenda nacional da década de 1990.

A justiça de transição e a prestação de contas com o passado ganhará dois novos impulsos em 1995 e 2002, com a aprovação das leis de reparação e, especialmente, robustecer-se-á em 2008, com o debate público sobre a responsabilização dos torturadores, que chegará ao Supremo Tribunal Federal. Neste meio tempo, inobstante, por caminhos variados e muitas vezes sinuosos, o Estado brasileiro promoverá reformas institucionais e políticas de verdades e memória. É este cenário de efetivação ou negação das principais dimensões da justiça de transição que ocupará o quarto final deste estudo, dedicado a avaliar o desenvolvimento desta terceira fase, já na “época democrática”, de nossa transição, com vistas a conceituar o “modelo transicional brasileiro”, suas vantagens e limitações.

4. DECIFRANDO O MODELO TRANSICIONAL BRASILEIRO

Neste último capítulo do estudo, procurarei construir elementos de caracterização e leitura do modelo transicional brasileiro. Para tanto, partirei das constatações tidas sobre o processo de transição para a democracia para avaliar as políticas de justiça transicional do período democrático, tendo em especial conta como o formato de nossa democratização modula o próprio processo de justiça transicional. Chegando a definição do que seja o “modelo brasileiro”, podemos avaliar suas qualidades e défices em relação a outros processos e ao panorama global já construído na primeira parte do estudo. Este esforço permite verificar, entre outros, se o modelo brasileiro efetivamente é um “modelo” ou, do contrário, se é apenas um desvio padrão de modelos já preexistentes – como o modelo de accountability argentino ou o de memória sem justiça da Espanha – e, ainda, dele extrair inferências sobre o próprio conceito de direito e de estado de direito que vem sendo constituído no país.

A análise enfocar-se-á em quatro conjuntos de medidas, entendidos como representativos das quatro dimensões constitutivas de obrigações da justiça de transição, conforme apresentado no item 2.2: (i) a reforma das instituições para a democracia; (ii) a reparação às vítimas; (iii) as políticas de memória e verdade, e; (iv) a persecução de justiça em relação as violações contra o Estado de Direito e os Direitos Humanos.

Conforme entende-se demonstrar no decorrer do texto, o modelo brasileiro configurou-se desde um conjunto de reformas institucionais que primaram pelo amplo aperfeiçoamento democrático-institucional sem se preocupar, efetivamente, com a pauta transicional, consolidando a tese da “vitória de todos” e da imposição do esquecimento e não alterando, especificamente, os mecanismos eleitorais configurados na Constituição (a exceção da casuística inserção da possibilidade de re-eleição consecutiva para os cargos majoritários); ainda, as políticas de reparação passaram a estruturar toda a agenda transicional e, graças ao

impacto sócio-político de seu desenvolvimento, eclodiram de modo sistemático num período tardio potentes reivindicações sociais por memória, verdade e justiça. Destas demandas, as por verdade e memória estruturaram-se e as por justiça soçobraram, configurando um modelo onde a disputa semântica e política sobre o passado não se encerra (nem na sociedade, quanto menos no Estado, que segue como parte do conflito). Assim, a sociedade não consegue estabelecer uma narrativa democrática sobre o passado e, em última análise, a reparação se torna o meio de reconhecimento estatal de responsabilidade, ensejando a assunção por parte do Estado da criminalidade tida em seu nome e gerando mecanismos para a produção oficial e não-oficial de uma memória concorrente a do regime. Por fim, resta um ônus permanente para o Estado democrático, que resta administrando um conflito herdado entre vítimas e regime, uma vez que sem conseguir resolver ou afastar-se do problema, por meio de medidas de responsabilização ou de anistias fundadas em políticas do perdão, o Estado segue numa posição contraditória em que defende a bilateralidade do próprio “conflito” do qual fez parte, repara as vítimas por entender como sua esta responsabilidade e afasta a possibilidade de identificação efetiva dos crimes do período, mantendo-se como um “estado criminoso”.

Defender-se-á, finalmente, que o modelo transicional brasileiro assenta-se, portanto, numa assunção abstrata de responsabilidade do Estado pelos crimes do regime, configurada desde uma negação de descontinuidade entre ditadura e Estado de Direito. Essa assunção onera o Estado democrático com todo o espólio histórico da ditadura, tornando evidentes as contradições do processo de arranjo da reabertura e mantendo as agências estatais que promovem políticas relativas à transição em um permanente estado de conflito interno. Como conseqüência, a própria ideia de Estado de Direito no Brasil tem sua gênese em disputa e, portanto, a potência normativa do conceito de Estado de Direito, claramente identificável em uma democracia constitucional, resta sujeita a uma ampla instabilidade, uma vez que parte do história jurídico-constitucional da nação fica albergada em uma espécie de pacto pré-constitucional (notadamente ilegítimo) que exclui da esfera de aplicação do próprio Estado de Direito um conjunto de acontecimentos do passado.

De outro lado, o modelo brasileiro foi inequivocamente capaz de estruturar uma democracia eleitoral plena e, passados 20 anos da nova Constituição, pode-se verificar o avanço da consolidação democrática substantiva por meio de governos eleitos. Desta feita, é possível questionar como caracteres estruturantes de nossa cultura política interagiram com o

processo transicional propriamente dito fazendo com que a consolidação substantiva do Estado de Direito e seus preceitos (especialmente a igualdade perante a lei) fosse negada a um conjunto de cidadãos (os mais diretamente afetados pela Ditadura) sem que esses arranjos de impunidade afetassem o grosso da população, num processo que, desde uma perspectiva idealista, é falho justamente por não atender aqueles que mais dele dependiam mas, desde uma perspectiva pragmática – como a adotada por todos os governos democráticos do país até agora, sem exceção, para tratar do tema – é extremamente exitoso em alcançar, “para o futuro”, aquilo que nega para o passado e para a história.

Essas contradições eminentes passam a ser agora analisadas desde as quatro dimensões propostas, em suas peculiaridades.

4.1. Em busca do Estado de Direito: a reforma das instituições como fator autônomo à justiça de transição no Brasil

Um elemento-chave comum tanto para os processos de democratização quanto para a justiça de transição é que as instituições perpetradoras de crimes do antigo regime sejam reformadas. Em relatório própria ao tema, as Nações Unidas, sem excluir a possibilidade de intervenção para a realização de tal processo, destacam que “[...] *nenhuma reforma do Estado de Direito, reconstrução da justiça ou iniciativa de justiça de transição pode esperar obter êxito e ser duradoura se vem imposta do exterior*” (ONU: S/2004/616, p.328), razão pela qual a própria organização prioriza a resolução doméstica desta dimensão da justiça de transição em todos os casos em que a unidade estatal possua condições mínimas para tanto. Tal questão é central pois na medida em que o principal objetivo das reformas das instituições é a não repetição de violações ao império do direito e aos direitos humanos, apenas com o efetivo comprometimento social com as mesmas é que se obterão resultados sustentados.

No caso brasileiro, as reformas institucionais ocorreram sem qualquer interferências externa. Inobstante, foram sempre tratadas como reformas para a consolidação do Estado de Direito, e nunca como reformas que guardassem relação com a justiça de transição. Para uma constatação rápida e trivial desta afirmação, basta verificar que o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988 em nenhum momento vale-se de termos como “ditadura”

ou “vítimas”, tratando de medidas atinentes aos “anistiados” apenas no disposto em seu artigo 8º. Tal fato é decorrência direta do *modus operandi* do processo de abertura, descrito no capítulo três.

Com a abertura sob controle e a manutenção discursiva da semântica da ditadura em relação aos resistentes e as vítimas, os setores conservadores a serviço do regime conseguiram garantir um nível razoável de consenso sobre a continuidade institucional entre ditadura e democracia e, mesmo sem obter um acordo socialmente pleno sobre a questão, garantiram que a divergência permanecesse em aberto, evitando assim que o Estado pudesse tratar da ditadura enquanto um não-Estado de Direito em um grande número de oportunidades (essa questão restará mais clara logo a seguir, ao tratarmos da constituinte). É em função desta capacidade de estabelecer continuidades oportunistas entre ditadura e democracia que as medidas de reforma passam a ser tratadas num âmbito muito mais “institucional” do que político, com a notável ressalva da constituinte.

Tomadas as principais reformas tidas, e a seguir melhor descritas, temos que boa parte delas foi adotada com clara orientação para a consolidação de um Estado de Direito mas sem aludir a especificidade transicional que possuem. Assim, mesmo reformas importantes, como a submissão dos poderes militares ao comando civil, com a criação de um Ministério da Defesa que submete as forças armadas, não foram tratadas como conquistas da transição, mas sim como ajustes de aprimoramento institucional da forma de governo.

É como produto deste conjunto de fatores que aquela que é considerada a mais notável medida de reforma das instituições não foi jamais aplicada no Brasil:

“A mais óbvia conexão entre a justiça de transição e a reforma das instituições é o procedimento de veto/depuração (“*vetting*”). Este é um mecanismo que objetiva garantir que servidores públicos pessoalmente responsáveis em violações flagrantes contra os direitos humanos, particularmente o pessoal das forças armadas, dos serviços de polícia e segurança, e dos serviços judiciais e de inteligência, devem ser impedidos de

trabalhar em instituições governamentais.” (ONU: UNHRC, Info Note 8 - tradução livre¹⁰¹)

O processo de anistia com a “vitória de todos” consolidou um discurso oficial de esquecimento das graves violações praticadas não pelo Estado brasileiro, mas por agentes em seu nome, o que criminalizou ao longo do tempo o próprio Estado, e não seus agentes. Desta feita, restou impossível pretender afastar os criminosos da própria estrutura do Estado, uma vez que este próprio não os reconhecia enquanto criminosos.

Esse fator é determinante para compreender por que, no Brasil, ao falarmos de reforma das instituições tratamos muito mais de uma pauta de democratização do que de uma pauta de justiça de transição e ajuda-nos a compreender por que, aqui, os três grupos centrais de reformas serão (i) a constituinte de 1987/1988, (ii) a submissão das forças armadas ao poder civil e, finalmente, uma série de (iii) pequenas e pontuais reformas nas instituições de segurança e justiça. Visto globalmente, o processo será lido como extremamente exitoso, e realmente o é, mas em boa parte do tempo suas características históricas o circunscrevem fora da dimensão transicional propriamente dita, o que terá conseqüências, especialmente quanto a sua duração no tempo, uma vez que muitos agentes do regime seguirão atuando no Estado até o esgotamento de seu ciclo profissional ordinário, com a morte ou a aposentadoria, influenciando diretamente na formulação e consolidação das práticas que deveriam ser novas e democráticas.

Dentre os três conjuntos de reformas apontados, não resta dúvida de que a feitura de uma nova constituição tratou-se da central, tanto pelo resultado de redesenho institucional que promoveu, quanto pelo processo que a levou a tanto. Para tratar desta questão, valerei-me basicamente de dois textos, cuja leitura é muito mais esclarecedora que a síntese que aqui se promove, com vistas a contextualização histórica. Primeiramente, o clássico texto de Raymundo Faoro, “*A Assembléia Constituinte: a legitimidade resgatada*” cuja publicação original data de 1981 (FAORO: 2007), ainda, a tese de doutoramento de Leonardo Augusto de Andrade Barbosa, “*Mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*”, cuja reconstrução documental do processo da constituinte é excelente

¹⁰¹ “The most obvious link between transitional justice and institutional reform is the vetting procedure. This is a mechanism that aims to ensure that government workers who are personally responsible for flagrant human rights violations, particularly personnel in the army, the security services the police, the intelligence services and the judicial system, must be prevented from working in the government institutions.”

(BARBOSA: 2009, pp. 121-212). Evidentemente, uma simples leitura da constituição, considerando o até aqui já desenvolvido, permite a gradação do espectro de mudanças, outra razão para menores delongas no tema.

Ainda em 1981, a Ordem dos Advogados do Brasil já defendia o chamamento de uma constituinte, por entender que as constituições de 1967 e 1969 eram, de fato, produtos não de um poder constituinte, mas de um poder usurpador. Na síntese de Faoro:

“Na sua origem há uma camada que, em nome de um movimento, de uma revolução ou contra-revolução, sempre com o esfacelamento da ordem constitucional, tomou e se assenhorou do Poder Constituinte, só pelo fato de dispor, em dado momento, da força. Todo o ordenamento de leis, reformas, emendas e constituições – na verdade, duas, a de 1967 e 1969 – alicerçou-se “no exercício do Poder Constituinte”, usurpado por obra e audácia das armas.” (2007, p. 248)

Faoro argumenta corretamente que a base de suposta legitimação dos atos legiferantes do regime, em especial a mudança constitucional, repousam em uma alteração de matriz institucional esdrúxula, cujo defeito é insanável:

“A mudança institucional especificava-se, desde logo, por um traço característico: o deslocamento do Poder Constituinte do povo (“todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido” – Constituição de 1946, art. 1º) para a revolução, denominação que adotou o movimento para se identificar, distinguindo-se das intervenções golpistas anteriores”. (*ibidem*: p. 180)

Disso decorre que, ao iniciar uma nova constituinte, como entendia necessário a OAB, mesmo sem aprovar qualquer novo texto, avançava-se radicalmente na reforma do sistema, na medida em que voltava-se a contar com a soberania popular como pedra angular de orientação do Estado, afastando o arbítrio dos generais que tomaram a presidência e modificaram o ordenamento positivo na expectativa de legitimarem-se.

O processo de reivindicação desta nova constituição, que ao originar um novo sistema de direito reforma as instituições postas, como apontado no desenvolvimento deste estudo,

caracteriza um segundo momento do processo transicional brasileiro, com as forças democráticas migrando da causa da anistia para a causa da redemocratização. É neste sentido que Barbosa afirma que:

“[...] não há como falar do processo histórico que culminou com a convocação da constituinte de 1987-1988 sem mencionar outros dois movimentos que, desde o primeiro momento, estiveram presentes no debate sobre a nova Constituição brasileira e, de certa forma, mesclaram-se a ele: a luta pela anistia e pelo restabelecimento das eleições diretas. Ambos demonstraram uma capacidade de mobilização popular superior até a do próprio movimento pró-constituinte.” (2009, pp. 147-148)

O processo social pró-constituinte, assim, caracteriza o momento máximo de conexão entre as pautas democráticas *lato senso* e as pautas *stricto senso* da justiça de transição, num grande período de reformas globais do Estado:

“Além da anistia, outro objetivo central do movimento pró-constituinte era a redemocratização do país, isto é, o restabelecimento de eleições diretas em todos os níveis de governo, em especial para Presidente da República. O movimento em prol das “Diretas” ganhou bastante força a partir de 1983, quando ocupou por mais de um ano o centro da cena política brasileira. Em abril daquele ano foi apresentada a emenda constitucional que ficou conhecida como “Emenda Dante de Oliveira”, em homenagem a seu primeiro signatário. Em torno do debate deflagrado pela emenda o Brasil conheceu o maior movimento cívico de sua história. Possivelmente, em nenhuma outra oportunidade a sociedade civil aplicou tamanha pressão sobre o Congresso Nacional.” (*ibidem*: p.151)

O processo constitucional de 1987 e 1988 foi absolutamente ímpar na história nacional, com amplíssima participação social. A gênese deste processo e o reconhecimento de seus principais atores é fundamental tanto para a compreensão do conteúdo de reforma democratizante do Estado que a nova Constituição viria a promover, quanto para a compreensão da expansão de pauta que faria com que a característica transicional do processo fosse negada. Considerando as considerações de caráter histórico contidas no capítulo anterior, bem como a citação acima sobre a confluência das lutas pela anistia e pelas diretas

com o movimento pró-constituente, parece suficiente agora dar especial atenção as instituições sociais chave do processo, sem demérito dos referidos movimentos.

Barbosa nos dá notícia, em sua pesquisa documental, de que *“a ideia de que a superação da ordem autoritária passava pela construção de uma nova constituição para o Brasil iniciou sua trajetória de forma clandestina, nas teses de um encontro do Partido Comunista”*, ainda na no final da década de 1970 (*op. cit.*: p. 157). Entre 1981 e 1983 a OAB passou a discutir fortemente o tema, tendo realizado nesta última data um Congresso Nacional específico para tanto, na cidade de São Paulo, aberto por Presidente Mario Sérgio Duarte Garcia, que asseverou que:

“A Ordem dos Advogados do Brasil, desde o “pacote de abril”, vem, intransigentemente, lutando pelo reordenamento constitucional brasileiro, convicta de que, sem uma nova Constituição, fundamentada em princípios democráticos e diretrizes ajustadas à realidade nacional, não é possível a estabilidade da vida político-institucional. Para essa finalidade, torna-se indispensável a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte, sem a qual o diploma constitucional existente receberá apenas novas emendas, não se removendo o vício de ilegitimidade.”

A participação da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) no processo pró-constituente torna-se decisiva, especialmente após 1986. Novamente valendo-me da pesquisa histórica de Barbosa:

“O envolvimento da Igreja no processo de transição e, mais especificamente, no próprio processo Constituinte é intenso. Uma boa síntese das expectativas da CNBB em relação à elaboração da nova Constituição pode ser encontrada no documento intitulado “Por uma nova ordem constitucional”, adotado pela XXIV Assembléia Gera da Conferência, realizada em Itaici, em abril de 1986. O documento enfatiza a necessidade de adoção de procedimentos que estimulassem a participação no debate constituinte. A ideia central era, com a nova Constituição, “inverter a posição tradicional, que dá ao Estado toda a primazia da iniciativa social. A sociedade deverá ganhar condição de sujeito coletivo da transformação”. Para tanto, a CNBB apostava no desenvolvimento de instrumentos de

exercício da democracia capazes de colocar a ação do Estado a serviço da sociedade.” (*op.cit.*: p. 147)

Assim, como posto, a simples existência de uma constituinte já implicava, de si, em reforma radical do sistema político, na medida em que implicava em algum grau de abertura à participação e à cidadania. O problema que surgiria a seguir seria, inobstante, o de como chamar esta constituinte.

Os teóricos do direito que alinharam-se ao regime, como Miguel Reale e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, defendiam não apenas que o texto constitucional deveria ser redigido por uma elite de juristas, sob pena de prejuízo de sua sistematicidade, organicidade e coerência como que o chamamento da nova constituinte deveria ser feito com base na própria constituição de 1969, garantindo a não-descontinuidade da ordem jurídica antiga com a nova (cf.: FERREIRA FILHO: 1985; REALE: 1985). Esta tese, da continuidade, era a mais interessante ao regime, pois coadunava com o processo que já vinha se desenhando com a abertura pela via eleitoral, onde os novos processos catalizam a migração do autoritarismo para a democracia emprestando legitimidade do novo regime para o antigo e ilegítimo, que, desta feita, “capitaliza-se” democraticamente por meio do procedimento formal, num falseamento jurídico evidente.

Procedimentalmente falando, a tese dos conservadores restou vitoriosa, se não por qualquer outra razão que aquela que caracteriza boa parte da transição brasileira: esta era a tese mais vantajosa e desejada pelo regime. Assim, em 27 de novembro de 1985, a Câmara e o Senado, conjuntamente, nos termos do artigo 49 da ilegítima Constituição de 1967, promulgaram a Emenda n.º 26 à Constituição, chamando a constituinte.

De toda sorte, a derrota do chamamento originário da constituinte não implicou em desprestígio de seus trabalhos. Ao enviar a proposta de emenda à constituição que viria a ser aprovada, o então Presidente José Sarney, antigo aliado do regime, registra que esperava que “[...] de agora, a sociedade se mobilize para criar a mística da Constituição, que é o caminho do Estado de Direito” (In: Congresso Nacional: 1985, p.1283). Tal afirmação muito provavelmente seja mais um exercício de retórica do que uma manifestação sincera, mas o que tem-se por certo é que o processo social da constituinte efetivamente se afastou por

completo de um processo “técnico”, a ser conduzido por um conjunto de “especialistas”, levando Barbosa a registrar que:

“A experiência de 1987-1988 rompeu com esse paradigma de processo constituinte, [engessado por uma comissão de notáveis e] restrito às instituições e pautado pelos técnicos do governo. A atuação de um conjunto de deputados e senadores, nem todos (quicá uma pequena minoria) de perfil técnico, associado à intensa interferência da opinião pública, a mecanismos institucionais de participação popular e a uma dinâmica descentralizada em mais de duas dezenas de subcomissões temáticas sem a orientação de qualquer anteprojeto de Constituição, poderia resultar em qualquer coisa, menos em um texto dotado de “harmonioso sendo unitário de equilíbrio”.” (*op. cit.*: p. 122)

Para além do marco que constitui “em si”, a Constituição de 1988 restabeleceu de modo formal a separação entre os poderes que o regime militar havia, na prática, sepultado, garantiu ao Ministério Público a prerrogativa de defender o regime democrático, a ordem jurídica e os interesses sociais e individuais indisponíveis, determinou a exigência de concurso público para o acesso as carreiras de Estado e, dentre tantas medidas mais, passou a funcionar como ponto de referência para o contínuo aperfeiçoar das instituições democráticas, servindo de baliza para as reformas institucionais democratizantes que se seguiriam, mesmo com a notável omissão das pautas específicas da justiça de transição (a exceção da reiteração da anistia e do direito de reparação aos perseguidos políticos, inserida no artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Antes de avançar para o breve relato das principais reformas pós-constitucionais, importa destacar que a Emenda Constitucional 26, ao chamar a constituinte, também reiterou a anistia de 1979, desta vez num Congresso Nacional menos controlado. Esta reiteração (que fora também brevemente ampliativa na constituição de alguns direitos não previsto na Lei n.º 6.683 de 1979) será posteriormente um dos motes para a “constitucionalização” da própria lei de anistia de 1979, conforme se verá adiante no tópico dedicado à dimensão da responsabilização individual na justiça de transição brasileira.

Para além da reforma “global” das instituições promovidas pela nova Constituição, caracterizam-se como reformas-chave aqueles que puseram fim aos antigos órgãos de segurança paralelos as funções ordinárias da polícia e do exército, que praticavam policiamento político. As duas principais reformas, neste sentido, foram a extinção do Serviço Nacional de Informações (SNI) em 1990, seguido da criação de uma nova agência, mais regulada, em 1999 (a ABIN - Agência Brasileira de Inteligência), e a extinção, já em 1985, do Destacamento de Operações de Informações - Centro de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI), ligado diretamente ao Exército.

Segundo estimativas, o DOI-CODI, que tinha atuação nacional, em apenas cinco anos (1970-1975) deteve e investigou pelo menos 6.700, a maioria dos estados do Rio de Janeiro e São Paulo (ROCHA POMAR: 2005, p.74). Já o SNI, criado pela Lei n.º 4.341 de 13 de junho de 1964, coordenava um amplo sistema de espionagem secreta, com diversas ramificações, igualmente nacionalizadas. A dinâmica de integração direta entre regime, forças e órgãos de polícia política fica evidente no relato da perseguida política Suzana Lisbôa:

“O Conselho de Segurança Nacional, presidido pelos generais presidentes da República e tendo como secretário geral o chefe da Casa Militar da Presidência, coordenava a política de atuação dos organismos repressivos. Seu braço central era o Serviço Nacional de Informações (SNI). Cada uma das três Armas possuía seus próprios sustentáculos: o Centro de Informações do Exército (CIE), o Centro de Informações da Marinha (CENIMAR) e o Centro de Informações e Segurança da Aeronáutica (CISA), além das segundas seções de cada uma delas destinadas, em princípio, à ação repressiva dentro de suas fileiras, mas, na prática, assumindo funções repressivas aos movimentos sociais e aos cidadãos e diretamente vinculadas ao SNI.” (2009, p.193)

O SNI foi extinto ainda em 1990, logo após a transição, pelo então presidente Fernando Collor de Mello. Órgãos do Estado brasileiro responsáveis por lidar com o período autoritário, como a Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, constaram a existência de documentos investigativos produzidos pelo SNI monitorando cidadãos e autoridades públicas até a data de extinção do órgão (que é a data limite para o fornecimento da informação),

atravessando, portanto, não apenas o Governo Sarney, como o próprio Governo Collor, e adentrando num período civil, democrático e constitucional da história do país.

O SNI viria a ser substituído, no Brasil democrático, pela Agência Brasileira de Inteligência, criada em 1999 pelo Governo Fernando Henrique Cardoso. No lapso de tempo entre a extinção do órgão de repressão e a criação da nova agência de inteligência, os serviços desta natureza seguiram afetos à Casa Militar. Até hoje existem suspeitas de que boa parte da estrutura humana da ABIN origine-se de antigos órgãos de segurança e repressão, sem que tenha ocorrido qualquer processo de depuração (“*vetting*”), mas a criação do órgão e sua vinculação a diretivas do Congresso Nacional (por meio da aprovação da “Política Nacional de Inteligência”), bem como a gradual submissão da Agência a outros mecanismos de controle estatal, sinalizam avanço no trabalho de inteligência, que deve trabalhar com ameaças e potenciais ameaças à Nação e à população, e não contra o processo democrático.

Outra reforma relevantíssima na seara da segurança foi a submissão das Forças Armadas ao poder civil. No mesmo ano de 1999 em que encerrou um primeiro estágio de reforma radical das instituições de inteligências, dando forma específica à ABIN e evitando que a ausência de regulação permitisse a atuação velada de restolhos da estrutura do SNI, o Governo FHC também aprovou a Lei Complementar n.º 97 de 10 de junho, que cria o Ministério da Defesa e submete as três forças a uma pasta civil do governo. A medida, ordinária na maior parte das democracias do ocidente, gerou reações e até a presente data é possível identificar episódios de insubordinação nas forças. Boa parte destas manifestações ocorreram quando o governo democrático iniciou debates sobre temas polêmicos onde o regime repressivo teve forte incidência, como a política indigenista, a reforma das forças armadas e a lei de anistia. A principal explicação para estas manifestações é, justamente, a ausência de um processo de depuração, que, somada com a ampla confusão existente no regime entre Estado, Forças e o próprio regime, faz com que algumas das mais altas patentes das forças sejam ocupadas por ferrenhos defensores da ditadura, inconformados em resignarem-se a vida militar e ansiosos por intervir na política. Considerando a renovação natural de quadros nas Forças, é de se esperar que tal movimento gradualmente se arrefeça, deixando de existir no futuro, restando como preocupação evidente para a plena consolidação desta importante reformas apenas o controle dos efeitos de transmissão intergeracional no escopo das próprias forças. Com programas específicos na área de direitos humanos e, mais

especialmente, com uma readequação da própria percepção das forças quanto ao importante papel que cumprem na defesa externa da Nação, tende-se a plena estabilização do modelo proposto, onde o Presidente coordenava seu assistente, o Ministro da Defesa, e este coordenava dos chefes do Exército, Marinha e Aeronáutica.

Também no governo FHC, porém ainda em 1995, outro importante redesenho institucional ocorreu, com a criação de uma pasta específica no Ministério da Justiça para tratar da questão dos Direitos Humanos. Nas palavras de José Gregori:

“Era necessário um espaço específico, onde o eixo de todas as preocupações fossem os Direitos Humanos para operacionalizar políticas específicas e dar visibilidade a um tema tratado pelos governos, até então, como algo secundário, sem a autonomia que um órgão especialmente criado daria.” (2009, p. 359)

A Secretaria de Direitos Humanos do Ministério da Justiça foi, posteriormente, tornada em Secretaria Especial com *status* de Ministério e, finalmente, formalizada na estrutura ministerial da República durante os dois governos Lula. Se a criação de um Ministério para tratar de Direitos Humanos, de si, já significa uma grande reforma, as ações específicas do órgão dão melhor dimensão de sua importância. Para além de medidas de memória e reparação (que serão a seguir tratadas em espaço específico, tanto da SDH, quanto para o Ministério da Justiça e Casa Civil da Presidência), a Secretaria de Direitos Humanos passou a estabelecer projetos específicos de formação em direitos humanos e combate a tortura. Tais medidas, somadas a iniciativas da Secretaria de Segurança Pública do Ministério da Justiça, como a criação da RENAESP (Rede Nacional de Altos Estudos em Segurança Pública), permitiram ao Estado brasileiro iniciar ações estratégicas de formação cidadã e em direitos humanos para seu aparato policial (concentrado nos entes federados estaduais).

A evolução das políticas de direitos humanos, especialmente na área da segurança pública, produziu avanços notórios desde a redemocratização, ao ponto de ideias antes impensáveis, como a participação social na gestão da segurança pública, tornarem-se efetivas, como visto durante a 1ª Conferência Nacional de Segurança Pública, levada a cabo pelo Governo Lula no ano de 2009 e que criou, ao seu final, o Conselho Nacional de Segurança Pública (CONASP). A ideia da norteadora da própria conferência é radicalmente renovadora

no conceito de segurança, especialmente se contratada ao ideário da doutrina da segurança nacional, analisada no capítulo anterior:

“Entendendo-se questões de segurança como questões exclusivamente técnicas, encobre-se um aparato de dominação e controle social altamente eficiente, inibindo a participação e apartando o debate público sobre o tema. Com isso, os titulares subjetivos do direito à segurança pública (os cidadãos) são apartados dos processos de tomada de decisão e têm suas demandas externadas somente através de mecanismos não-estatais de participação [...]” (KOPITKE & TORELLY: 2008, p. 103)

Finalmente, vale-se reforçar o modo como a Constituição de 1988 e as posteriores reformas institucionais empreendidas passaram a redesenhar as possibilidades de utilização do Estado para limitar tanto atores sociais quanto os próprios governos democráticos, sempre que estes atentassem contra a própria democracia, as liberdades fundamentais e o Estado de Direito. Além da já referida reestruturação e ampliação do Ministério Público, criou-se a Defensoria Pública da União e foi garantida a máxima independência ao Judiciário. Com o advento da Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004, avançou-se ainda mais na consolidação do judiciário democrático.

Desta feita, conclui-se que o processo de reformas, no Brasil, foi eficiente em desatar os principais “nós” necessários a criação de um ambiente político propício ao regular funcionamento das instituições no Estado de Direito. Verifica-se que a contradição da “vitória de todos”, típica de nosso processo transicional, reconfigura-se aqui como discurso de não depuração, sendo a existência de membros do regime na liderança de setores importantes do novo sistema um fator de grande preocupação e, ainda, de não desenvolvimento mais pleno. A possibilidade do surgimento de um processo de depuração, neste momento, é remota, sendo mais efetivo aguardar a própria renovação regular de quadros, mas outras medidas pendentes ainda podem ser adotadas. Certamente o maior déficit do processo de reformas é a extinção da justiça militar, como empreendido em países como a Argentina.

Hoje, a justiça militar aparece como uma instituição arcaica e desfuncional, que, na prática, fere a igualdade perante a lei e, ainda, funciona como memória viva da má época em que fora instrumentalizada com vistas a apoiar o sistema de repressão.

De outro lado, sem dúvida alguma, verifica-se que as reformas nas instituições já passaram a influir nas mentalidades, com a insurgência e consolidação de políticas de combate à criminalidade que combinam repressão e prevenção, escapando do modelo altamente repressivo e vitimizador do regime militar para um modelo participativo e mais igualitário de organização social. Evidentemente tais reformas não objetivam apenas e simplesmente lidar com o espólio dos anos de chumbo, mas também com uma cultura punitivista e elitista mais arraigada e prévia à própria ditadura militar. Esta cultura, traditada desde séculos no país, dá dimensão do desafio que se enfrenta, do sucesso já obtido e da importância do constante aperfeiçoamento dos mecanismos institucionais de fortalecimento da participação e da democracia.

4.2. O eixo-estruturante: as políticas de reparação e a reconciliação social com o Estado¹⁰²

4.2.1. Conformação histórico-normativa do processo reparatório

A Lei n.º 6.683/1979 (Lei da Anistia), que funciona como marco simbólico para o início a reabertura democrática, é a primeira referência normativa a ser considerada para a inteligência do processo reparatório no Brasil. Embora seu enfoque tenha sido eminentemente penal e laboral, objetivando extinguir a punibilidade de atos de “criminalidade política”, é

¹⁰² Neste item será referida abundante quantidade de dispositivos de lei, como forma de auxiliar a compreensão não apenas do processo reparatório em si, mas também de sua mecânica. Para evitar onerar desnecessariamente a leitura, os dispositivos serão preferencialmente apresentados em notas de rodapé. Parte substancial das ideias aqui defendidas foram formuladas em co-autoria com Paulo Abrão Pires Junior e publicadas em ABRÃO & TORELLY: 2009-B, pp. 165-203 e ABRÃO & TORELLY: 2010-B, pp. 108-138. A versão aqui apresentada evidentemente difere das já publicadas, inobstante parte dos mesmos fundamentos, sendo importante o registro. Os quadros apresentados neste tópico foram extraídos destes trabalhos, conforme referência de fonte indicada em cada um deles. Para um maior aprofundamento sobre o tema da reparação no Brasil, recomenda-se consultar aquelas versões, mais completas, para uma maior riqueza de detalhes, exemplos e, especialmente, conformações normativas e críticas político-institucionais, que fogem ao objetivo específico do presente sub-item do capítulo. Por fim, é evidente que o co-autor das ideias originais não é responsável pelos desdobramentos e usos aqui dado a elas.

neste diploma legal que se encontram as raízes do atual sistema de reparação aos anistiados políticos brasileiros, estabelecendo-se a previsão de reintegração para os servidores eventualmente demitidos por perseguição política no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979 e a restituição de direitos políticos a uma gama de brasileiros:

Art. 2º Os servidores civis e militares demitidos, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, poderão, nos cento e vinte dias seguintes à publicação desta lei, requerer o seu retorno ou reversão ao serviço ativo:

I - se servidor civil ou militar, ao respectivo Ministro do Estado;

II - se servidor civil da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembléia Legislativa e da Câmara Municipal, aos respectivos Presidentes;

III - se servidor do Poder Judiciário, ao Presidente do respectivo Tribunal;

IV - se servidor de Estado, do Distrito Federal, de Território ou de Município, ao Governo ou Prefeito.

Parágrafo único. A decisão, nos requerimentos de ex-integrantes das Políticas Militares ou dos Corpos de Bombeiro, será precedida de parecer de comissões presididas pelos respectivos comandantes.

O artigo 3º da mesma Lei determina a forma de retorno ao serviço, consignando que a mesma dar-se-ia apenas mediante a existência de vaga em aberto e para o mesmo cargo e função ocupado à época da demissão, desconsiderando eventuais progressões as quais o demitido teria direito. Os trabalhadores civis vinculados a entidades e movimentos de natureza sindical e os estudantes tiveram sua anistia regulada pelo artigo 9º da Lei, sem qualquer remissão a eventuais compensações por danos econômicos sofridos.

Segundo Elster, a política de reparação é um dos pilares da transição democrática, mas, para que seja efetiva, deve acertar na escolha das violações que considerará reparáveis, privilegiando algumas em atenção a outras como forma de atingir o maior número possível de vítimas:

“Para compensar as vítimas é necessário determinar que tipo de dano caracteriza a condição de vítima. [...] Em

primeiro lugar, os danos podem ser materiais (perda de bens), pessoais (violações a direitos humanos), ou intangíveis (perda de oportunidades). [...] Em segundo lugar, há de se definir que parentes e amigos próximos das vítimas “primárias” serão incluídos enquanto vítimas “secundárias”. [...] Em terceiro lugar, há de se dizer o ponto de partida no tempo.” (ELSTER, 2006, pp. 152-153 - tradução livre¹⁰³)

Como se pode verificar, a Lei de 1979 inaugura uma tradição ímpar do processo de reparação brasileiro quando comparado a outros, mais notadamente os demais da América do Sul, qual seja: *o viés laboral*, privilegiando a perda do emprego como um dos principais critérios não só para a verificação da perseguição, como também para sua reparação. Esse critério pode parecer inicialmente estranho mas justifica-se nas características históricas do próprio regime, que promoveu, antes de 1979, um amplo processo de perseguição trabalhista objetivando afastar do Estado e dos empregos privados os “subversivos” e, especialmente, entre 1979 e 1985, quando o regime passou a perseguir os movimentos sociais clássicos, em especial o movimento sindical, que unira-se aos movimentos sociais pela anistia e pela democratização, no bojo daquele processo de ampliação da base de sustentação da luta pela anistia e a democratização que classifiquei aqui enquanto a “segunda fase” de nosso processo transicional. Da soma destes dois fatores é que se chega a identificação da mais reiterada medida de exceção empregada pelo Estado brasileiro de forma punitiva durante os anos de exceção, qual seja: *a demissão arbitrária do posto de trabalho*. É por esta razão que, conforme veremos, todas as legislações reparatórias brasileiras dedicarão ampla atenção às medidas de saneamento a violações relativas a exonerações trabalhistas.

A repetição e a transformação das formas de reparação com viés laboral ao longo do tempo também se justifica na incompletude dos dispositivos que previam o retorno aos postos de trabalho dos servidores, somada ao não estabelecimento, em 1979, de qualquer processo de reparação aos perseguidos sem vínculo empregatício com o Estado, como os perseguidos do setor privado, quanto menos para os demais perseguidos. Tendo estabelecido medidas de reparação muito limitadas e que, por vezes, acabaram por não se efetivar no mundo da vida, a

¹⁰³ “Para compensar las víctimas, es necesario decidir qué formas de daño determinan la condición de víctima. [...] En primer lugar, los daños pueden ser materiales (perdida de bienes), personales (violaciones de los derechos humanos), o intangibles (pérdida de oportunidades). [...] En segundo lugar, hay que definir a qué parientes y allegados de las víctimas “primarias” incluir entre las víctimas “secundarias”. [...] En tercer lugar, hay que decidir el punto de partida en el tiempo.”

lei de 1979 tornou-se apenas numa primeira medida de saneamento de determinadas violações que, ademais, seguiram repetindo-se no período posterior à sua edição (1979-1988), de modo a que legislações posteriores tiveram de retornar à matéria. O que é fundamental desde agora assentar é que: (i) a Lei de Anistia de 1979, para além de caracterizar o “perdão” aos “crimes” políticos e conexos caracteriza-se como medida de reparação e; (ii) desde a sua gênese e como princípio, o modelo reparatório no Brasil assumiu e privilegiou a adoção de medidas de *restituição de direitos*, no caso concreto, restituição de postos de trabalho.

Assim, com o avanço do processo de abertura democrática, a Emenda Constitucional n.º 26 de 1985 reiterou os termos da lei de 1979, porém agregou a possibilidade da promoção àqueles servidores públicos aposentados compulsoriamente ou afastados de seus cargos, deixando a critério da Administração Pública a reversão de aposentadorias ou colocação na reserva de ex-servidores¹⁰⁴.

A Constituição de 1988 novamente referenda a ideia de anistia como reparação posta nas legislações anteriores por meio de seu Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estendendo a possibilidade de reparação também ao setor privado, estabelecendo especificações para algumas categorias e ampliando o período de tempo a ser considerado para a reparação, qual seja “18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição”:

¹⁰⁴ Art. 4º É concedida anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares.

§ 1º É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais.

§ 2º A anistia abrange os que foram punidos ou processados pelos atos imputáveis previstos no "caput" deste artigo, praticados no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.

§ 3º Aos servidores civis e militares serão concedidas as promoções, na aposentadoria ou na reserva, ao cargo, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade, previstos nas leis e regulamentos vigentes.

§ 4º A Administração Pública, à sua exclusiva iniciativa, competência e critério, poderá readmitir ou reverter ao serviço ativo o servidor público anistiado.

§ 5º O disposto no "caput" deste artigo somente gera efeitos financeiros a partir da promulgação da presente Emenda, vedada a remuneração de qualquer espécie, em caráter retroativo.

§ 6º Excluem-se das presentes disposições os servidores civis ou militares que já se encontravam aposentados, na reserva ou reformados, quando atingidos pelas medidas constantes do "caput" deste artigo.

§ 7º Os dependentes dos servidores civis e militares abrangidos pelas disposições deste artigo já falecidos farão jus às vantagens pecuniárias da pensão correspondente ao cargo, função, emprego, posto ou graduação que teria sido assegurado a cada beneficiário da anistia, até a data de sua morte, observada a legislação específica.

§ 8º A Administração Pública aplicará as disposições deste artigo, respeitadas as características e peculiaridades próprias das carreiras dos servidores públicos civis e militares, e observados os respectivos regimes jurídicos.

Art. 8º. É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.

[...]

§ 2º - Ficam assegurados os benefícios estabelecidos neste artigo aos trabalhadores do setor privado, dirigentes e representantes sindicais que, por motivos exclusivamente políticos, tenham sido punidos, demitidos ou compelidos ao afastamento das atividades remuneradas que exerciam, bem como aos que foram impedidos de exercer atividades profissionais em virtude de pressões ostensivas ou expedientes oficiais sigilosos.

Ocorre que referido ato não veio acompanhado de um regulamento que o tornasse operativo, tendo a matéria sido regulamentada apenas em 2001, através de Medida Provisória do Governo Fernando Henrique Cardoso, posteriormente convertida na Lei n.º 10.559 (aprovada por unanimidade no Congresso Nacional), que viria a ser o instrumento derradeiro para a reparação individual aos anistiados políticos brasileiros, ampliando significativamente os direitos até então existentes e alcançando um nível de efetividade muito superior ao de qualquer medida anterior.

No lapso de tempo entre a anistia da Constituição de 1988 e a sua efetiva regulamentação em 2002 pela lei n.º 10.559/2002, alguns Ministério e órgãos públicos passaram a criar Comissões para avaliar a pertinência jurídica de pedidos de reintegração ao trabalho e de reparação econômica diretamente baseados no artigo 8º do ADCT que, quando aprovados, geravam benefícios pagos a título de “aposentadoria excepcional” pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS).

Neste ínterim também foi editada a já referida Lei n.º 9.140/1995, especificamente para o processamento das demandas de familiares daqueles que foram mortos ou desapareceram durante o regime militar. Esta lei também prevê o dever de localização e identificação dos restos mortais dos desaparecidos políticos. Para aqueles declarados mortos e/ou desaparecidos no processo apuratório, a reparação, nestes casos, orientou-se pelos seguintes critérios:

Art. 11. A indenização, a título reparatório, consistirá no pagamento de valor único igual a R\$ 3.000,00 (três mil reais) multiplicado pelo número de anos correspondentes à expectativa de sobrevivência do desaparecido, levando-se em consideração a idade à época do desaparecimento e os critérios e valores traduzidos na tabela constante do Anexo II desta Lei.

§ 1º Em nenhuma hipótese o valor da indenização será inferior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

§ 2º A indenização será concedida mediante decreto do Presidente da República, após parecer favorável da Comissão Especial criada por esta Lei.

Em 11 anos de atuação, foram apreciados 475 casos, dos quais 136 já encontravam-se automaticamente reconhecidos em relação anexa à própria lei n.º 9.140/95. Foram apreciados outros 339 casos na tentativa de arregimentar as provas para reconhecer o fato morte/desaparecimento e conferir a reparação às famílias. Na concretização dos trabalhos da Comissão, as reparações oscilaram entre o valor mínimo de R\$ 100 mil e um valor máximo de R\$ 152 mil, tendo obtido uma média de R\$ 120 mil e pago um total de perto de 40 milhões a familiares de vítimas fatais do regime militar (Cf.: BRASIL, 2007; CANO & FERREIRA, 2006).

De modo que, quando da edição da Lei n.º 10.559, já se configurava um amplo contexto crítico pela demora do Estado em realizar as reparações de forma abrangente. Sucintamente, até a edição da Lei de 2002 havia um déficit de danos ainda não reparados como, por exemplo:

- (i) A necessidade de reparação a toda e qualquer pessoa atingida por atos de exceção e qualquer forma de perseguição política que não somente limitadas àquelas

perseguições cujo resultado final fora a morte ou desaparecimento (reparados pela lei de 1995);

(ii) As limitações do processo de reintegração de servidores públicos afastados de seus cargos prevista nas legislações anteriores (1979, 1985);

(iii) A necessidade de atenção aos trabalhadores do setor privado, dirigentes e representantes sindicais que, por motivos exclusivamente políticos, tenham sido punidos, demitidos ou compelidos ao afastamento das atividades remuneradas que exerciam, bem como aos que foram impedidos de exercer atividades profissionais em virtude de pressões ostensivas ou expedientes oficiais sigilosos;

(iv) A necessidade de atenção a um grupo significativo de servidores públicos civis e aos empregados em todos os níveis de governo ou em suas fundações, empresas públicas ou empresas mistas sob controle estatal, que tenham sido punidos ou demitidos por atividades profissionais interrompidas em virtude de decisão de seus trabalhadores, com ou sem motivação política;

(v) As críticas feitas aos limites da reparação concedida aos familiares de mortos e desaparecidos políticos pela modalidade reparatória da lei de 1995 que não abrangeu danos transgeracionais e danos ocorridos em razão de perseguições políticas havidas antes da morte ou desaparecimento;

(vi) A necessidade de estabelecimento de um rito especial de análise, uma vez que boa parte dos documentos públicos do período jamais foram tornados acessíveis pela cidadania e, finalmente;

(vi) A existência de um amplo conjunto de lesões praticadas pelo Estado para as quais a reparação econômica não era a melhor alternativa existente.

Elabora-se, assim, na lei de 2002, uma pormenorizada sistemática reparatória objetivando atender tanto a demanda dos perseguidos políticos “tradicionais” (os quadros políticos e militantes de organizações de resistência que foram presos, banidos, exilados,

clandestinos e afins), quanto daqueles que foram atingidos por atos variados de exceção, especialmente o enorme contingente de militantes de movimentos operários, empregados públicos ou privados afastados de suas atividades laborais em função da aplicação de legislações excepcionais ou ordens arbitrárias. Ainda, visando à homogeneização das reparações, a Lei determinou que todos os processos, conclusos ou em andamento, abertos em órgãos federais da Administração Direta ou Indireta com vistas a efetivar a previsão reparatória contida no Artigo 8º do ADCT fossem remetidos para a Comissão de Anistia, afim de que fossem substituídos pelo regime jurídico criado pela nova legislação.

Em resumo, o Estado brasileiro criou duas comissões de reparação independentes, ambas com poderes de busca de documentos e esclarecimento da verdade: (I) a *Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*, com a precípua função de reconhecer a responsabilidade do Estado, e indenizar os eventos cujo resultado fosse morte e/ou desaparecimento forçado, além de localizar os restos mortais dos desaparecidos e; (II) a *Comissão de Anistia*, cuja função é de reconhecer os atos de exceção ocorridos entre 1946 e 1988, na plena abrangência do termo (quais sejam, torturas, prisões, clandestinidades, exílios, banimentos, demissões arbitrárias, expurgos escolares, cassações de mandatos políticos, monitoramentos ilegais, aposentadorias compulsórias, cassações de remunerações, punições administrativas, indiciamentos em processos administrativos ou judiciais), declarar a condição de anistiado político aos atingidos por estes atos e, ainda, repará-los moral e materialmente

4.2.2. O programa brasileiro de reparações e sua abrangência

Da articulação das políticas originárias das duas leis com demais ações do Executivo, tem-se que a dimensão da reparação no Brasil foi traduzida em verdadeiro “programa de reparações”, na forma conceituada por De Greiff, ao entender que existe uma distinção entre os processos de reparação individuais, típico das demandas administradas pelo Judiciário em períodos de ordinariedade, e os processos “em massa”, típicos das reparações em escala para episódios de violação de direitos de grandes contingentes populacionais, melhor organizados em “programas” ou, num vocabulário mais corrente no Brasil, sob a forma de políticas públicas de justiça:

“Essa tarefa [de refletir sobre a justiça e as reparações em massa] é particularmente urgente, porque se existe uma compreensão “comum” ou corrente das reparações, ela se encontra fortemente influenciada por compreensão “judicial” do termo. Embora não tenha interesse algum em elaborar uma crítica dos enfoques judiciais aos problemas transicionais, a aproximação judicial das reparações é problemática não por sua natureza judicial *per se*, mas sim porque se trata de uma compreensão que foi desenvolvida, por boas razões, com o objetivo da resolução de casos relativamente isolados. A diferença do enfoque proposto [na obra] é pensar sobre o que é justo, apropriado e eficiente na resolução de casos sistemáticos de abuso em massa.” (2010, p.42)

É neste sentido que o programa de reparações no Brasil não se limita à dimensão econômica, mais facilmente identificável num processo de reparação ante ao Poder Judiciário. As leis prevêm também direitos como a declaração de anistiado político, a contagem de tempo para fins de aposentadoria, a garantia de retorno a curso em escola pública, o registro de diplomas universitários obtidos no exterior, à localização dos restos mortais dos desaparecidos políticos e outros.

Especificamente, a lei n.º 10.559/2002 prevê duas fases procedimentais para o cumprimento do mandato constitucional de reparação: a primeira, a *declaração da condição de anistiado político* pela verificação dos fatos e requisitos previstos nas situações persecutórias discriminadas no diploma legal. A declaração de anistiado político é ato de reconhecimento ao direito de resistência dos perseguidos políticos e também de reconhecimento dos erros cometidos pelo Estado contra seus concidadãos (cf.: BAGGIO: 2010). A segunda fase é a *concessão da reparação econômica*. A lei n.º 10.559/2002 prevê como critério geral de indenização a fixação de uma prestação mensal, permanente e continuada em valor correspondente ou ao padrão remuneratório que a pessoa ocuparia, se na ativa estivesse caso não houvesse sido afastada do seu vínculo laboral, ou a outro valor arbitrado com base em pesquisa de mercado. O outro critério fixado, para quem foi perseguido mas não teve perda de vínculo laboral, é o da indenização em prestação única em até 30 salários mínimos por ano de perseguição política reconhecida com um teto legal de R\$

100.000 reais. Conforme posto, a lei n.º 9.140/95 prevê também uma prestação única que atingiu um máximo de R\$ 152.000,00 para os familiares de mortos e desaparecidos¹⁰⁵.

É possível, portanto, que alguém seja declarado anistiado político durante a primeira fase procedimental, mas não receba nenhuma reparação de ordem econômica, seja porque já fora materialmente indenizado por legislações anteriores, seja por perecimento de direito personalíssimo com o falecimento da vítima, uma vez que tais direitos não se transferem aos sucessores maiores – excetuando-se as viúvas e os dependentes econômicos –, seja porque se enquadram em categorias específicas, como o caso dos vereadores municipais que por força de atos institucionais tenham exercido mandatos gratuitos, cabendo somente o direito de cômputo do período de mandato para fins de aposentadoria no serviço público e previdência social.

Estas constatações oriundas da simples interpretação do dispositivo legal evidenciam uma dimensão fundamental de nosso programa de reparações que é pouco explorada pela literatura sobre o tema: a diferença substancial entre ser “*declarado anistiado político*” e “*perceber reparação econômica*”, permitindo visualizar com clareza que, para além da reparação econômica, existe também uma evidente dimensão de reparação moral no programa brasileiro, conectada ao sentimento histórico nutrido pelos perseguidos em relação à anistia e sua “conquista” personalíssima de ser declarado um anistiado político e, portanto, ser reconhecido como um agente vivo de nossa história democrática. Como se verá a seguir, essa não é o único “ponto cego” na literatura sobre o tema, uma vez que as modalidades

¹⁰⁵ A crítica que se faz ao modelo é a de que resultou daí que pessoas submetidas à tortura ou desaparecimento ou morte e que não tenham em sua história de repressão a perda de vínculos laborais podem acabar sendo indenizadas com valores menores que as pessoas que tenham em seu histórico a perda de emprego. Uma conclusão ligeira daria a entender que o direito ao projeto de vida interrompido foi mais valorizado que o direito a integridade física, o direito à liberdade ou o direito à vida. Esta conclusão deve ser relativizada pelo dado objetivo de que a legislação prevê que os familiares dos mortos e desaparecidos podem pleitear um dupla indenização (na Comissão de Anistia e na Comissão de Mortos e Desaparecidos) no que se refere a perda de vínculos laborais ocorridos previamente às suas mortes e desaparecimentos (no caso da prestação mensal) ou a anos de perseguições em vida (no caso da prestação única). Além disso, a maioria dos presos e torturados que sobreviveram concomitantemente também perderam seus empregos ou foram compelidos ao afastamento de suas atividades profissionais formais (de forma imediata ou não) em virtude das prisões ou de terem que se entregar ao exílio ou à clandestinidade. Estes casos de duplicidade de situações persecutórias são a maioria na Comissão de Anistia e, para eles, não cabe sustentar a tese de subvalorização dos direitos da pessoa humana frente aos direitos trabalhistas em termos de efetivos. Em outro campo, a situação é flagrantemente injusta para um rol específico de perseguidos políticos: aqueles que não chegaram a sequer inserir-se no mercado de trabalho em razão das perseguições, como é o caso clássico de estudantes expulsos que tiveram que se exilar ou entrar na clandestinidade e o das crianças que foram presas e torturadas com os pais o familiares. Para reflexões específicas sobre as assimetrias das reparações econômicas no Brasil e o critério indenizatório especial, destacado da clássica divisão entre dano material e dano moral do código civil brasileiro, confira-se: ABRÃO, Paulo *et alli.*: 2009, pp. 12-21.

reparatórias do programa brasileiro são muito mais amplas do que se pode perceber num olhar ligeiro. Passo a ilustrar demonstrativamente.

No texto canônico de De Greiff (2010), as medidas de reparação justransicional são classificadas em quatro grupos, que serão descritos para posteriormente aplicação no caso concreto do Brasil. Primeiramente, o autor refere a hipótese da *restituição*:

“[...] que se refere àqueles medidas que procuram restabelecer o *status quo ante* da vítima. Essas medidas vão da restauração de direitos tais como a cidadania e a liberdade, a restituição do emprego e outros benefícios, até a restituição de propriedades.” (*ibiden*: p.43).

A segunda hipótese reparatória apresentada por De Greiff é a *compensação*:

“[...] que se refere àqueles medidas que procuram compensar os danos sofridos por meio da quantificação desses danos, em que o dano se entende como algo que vai muito além da mera perda econômica e inclui a lesão física e mental e, em alguns casos, também a lesão moral.” (*ibiden*: p.44)

Se a restituição objetiva a devolução de algo e a compensação a tradução de algo em outra coisa, outras medidas reparatórias, como a *reabilitação*, buscam a recomposição ou obtenção de um estado de espírito e de uma condição de vida, nas palavras de De Greiff, esta é uma hipótese reparatória “*que se refere a medidas que fornecem atenção social, médica e psicologia, assim como serviços legais*” (*ibiden*: p.44).

Finalmente, temos a hipótese das medidas de *satisfação e garantia de não-repetição*:

“[...] que constituem categorias especialmente amplas, pois incluem medidas tão distintas como o afastamento das violações, verificação dos fatos, desculpas oficiais, sentenças judiciais que restabelecem a dignidade e a reputação das vítimas, plena revelação pública da verdade, busca, identificação e entrega dos restos mortais de pessoas falecidas ou desaparecidas, junto com a aplicação de sanções judiciais ou administrativas aos autores dos crimes, e reformas institucionais.” (*ibiden*: p.44).

Assim, temos que a classificação de De Greiff, além de bastante extensiva e ampla, liga o conceito de reparação a outras dimensões da justiça transicional. Aplicando tal classificação as legislações e práticas reparatorias brasileiras, é possível formular o quadro abaixo, onde a dimensão do programa reparatorio torna-se mais clara:

QUADRO 06: Medidas legais de reparação no Brasil

Medidas de exceção e repressão	Principais direitos fundamentais lesados	Modalidade de Reparação	Direitos previstos	Dispositivo legal
Perseguidos políticos e atingidos por atos de exceção <i>lato sensu</i>	Direitos e liberdades fundamentais gerais	Satisfação pública e garantia de não repetição	Declaração da condição de anistiado político*	Art. 1º, I da lei 10.559/02
Desaparecidos políticos	Direito à vida ou direito ao projeto de vida	Compensação	Reparação econômica em prestação única, pelo desaparecimento	Art. 11 da lei 9.140/95**
	Liberdades públicas e direitos políticos	e Compensação	e Reparação econômica em prestação única ou mensal, pelas perseguições políticas em vida***	Art. 1º, II c/c art. 9º, parágrafo único da lei 10.559/02****
	Direitos civis, culturais e religiosos	e Satisfação pública e garantia de não repetição	e Direito à localização, identificação e entrega dos restos mortais	Art. 4º, II da lei 9.140/95
Mortos	Direito à vida	Compensação	Reparação econômica em prestação única, pela morte	Art. 11 da Lei 9.140/95**
	Liberdades Públicas e direitos políticos	e Compensação	e Reparação econômica em prestação única ou mensal**, pelas perseguições políticas em vida	Art. 1º, II c/c art. 9º, parágrafo único da lei 10.559/02
Torturados	Direito à integridade física e psicológica	Compensação	Reparação em prestação única	Art. 1º, II c/c art. 2º, I da lei 10.559/02
Presos arbitrariamente	Direito à liberdade, direito ao devido processo legal	Compensação e Restituição	Reparação em prestação mensal ou única e Contagem de tempo para efeitos previdenciários	Art. 1º, II c/c art. 2º, I da lei 10.559/02 Art. 1º, III da lei 10.559/02

Afastados arbitrariamente ou compelidos ao afastamento de vínculo laboral, no setor público, com ou sem impedimentos de também exercer, na vida civil, atividade profissional específica	Direito ao projeto de vida, direito à liberdade de trabalho, direito à liberdade de pensamento, direito de associação sindical	Restituição ou Compensação e Restituição e Reabilitação	Reintegração/ readmissão assegurada promoções na inatividade ou reparação econômica em prestação mensal Contagem de tempo para efeitos previdenciários Benefícios indiretos mantidos pela Administração Pública aos servidores (planos de seguro, assistência médica, odontológica e hospitalar e financiamentos habitacionais)	Art. 1º, II, V c/c art. 2º, IV, V, IX, XI Art. 1º, III da lei 10.559/02 Art. 14 da lei 10.559/02
Afastados arbitrariamente ou compelidos ao afastamento de vínculo laboral, no setor privado	Direito ao projeto de vida, direito à liberdade de trabalho, direito à liberdade de pensamento, direito de associação sindical	Compensação e Restituição	Reparação econômica em prestação mensal e Contagem de tempo para efeitos previdenciários	Art. 1º, II c/c art. 2º, VI, XI Art. 1º, III da lei 10.559/02
Punidos com transferência para localidade diversa daquela onde exercia sua atividade profissional, impondo-se mudança de local de residência	Direito à estabilidade e liberdade laboral, direito a isonomia	Compensação	Reparação econômica em prestação mensal ou única	Art. 1º, II, e art. 2º, II
Punidos com perda de proventos ou de parte de remunerações já incorporadas ao contrato de trabalho inerentes a carreira administrativa	Direito à remuneração pelo trabalho e direito a isonomia	Compensação e Restituição	Reparação econômica em prestação mensal e Contagem de tempo para efeitos previdenciários	Art. 1º, II e art. 2º, III, XII Art. 1º, III da lei 10.559/02
Impedidos de tomar posse em cargo após concurso público válido	Direitos políticos	Compensação e Restituição	Reparação econômica em prestação mensal e Contagem de tempo para efeitos previdenciários	Art. 1º, II e art. 2º, XVII Art. 1º, III da lei 10.559/02
Punidos com cassação de aposentadorias ou já na condição de inativos, com a perda de remuneração	Direito a isonomia, garantias constitucionais ao trabalho	Compensação	Reparação econômica em prestação mensal	Art. 1º, II, art. 2º, X, XII da lei 10.559/02
Aposentados compulsoriamente no setor público	Direito a isonomia	Compensação	Reparação econômica em prestação mensal	Art. 1º, II e art. 2º, I, XII
Compelidos à clandestinidade	Direito à liberdade, direito a identidade, direito ao projeto de vida	Compensação e Restituição	Reparação econômica em prestação mensal ou única e Contagem de tempo para efeitos previdenciários	Art. 1º, II e art. 2º, I, IV, VII

Banidos	Direito à nacionalidade, Direito à liberdade, direito ao projeto de vida, direito ao convívio familiar	Compensação e Restituição e Restituição	Reparação econômica em prestação mensal ou única e Contagem de tempo para efeitos previdenciários e Reconhecimento de diplomas adquiridos no exterior	Art. 1º, II e art. 2º, I, VII Art. 1º, III da lei 10.559/02 Art. 1º, IV da lei 10.559/02
Exilados	Direito à liberdade, direito ao projeto de vida, direito ao convívio familiar	Compensação e Restituição e Restituição	Reparação econômica em prestação mensal ou única e Contagem de tempo para efeitos previdenciários e Reconhecimento de diplomas adquiridos no exterior	Art. 1º, II e art. 2º, I, VII Art. 1º, III da lei 10.559/02 Art. 1º, IV da lei 10.559/02
Políticos com mandatos eleitorais cassados	Direitos políticos	Compensação e Restituição	Reparação econômica em prestação única e Contagem de tempo para efeitos previdenciários	Art. 1º, II e art. 2º, VII, XIV Art. 1º, IV da lei 10.559/02
Políticos com cassação de remuneração pelo exercício do mandato eletivo	Direito à isonomia e direito à remuneração pelo trabalho	Restituição	Contagem de tempo para efeitos previdenciários	Art. 2º, XIII
Processados por inquéritos judiciais e/ou administrativos persecutórios, com ou sem punição disciplinar	Direito à liberdade, direito ao devido processo legal ao contraditório	Compensação	Reparação em prestação única	Art. 1º, II e art. 2º, I, VII
Filhos e netos exilados, clandestinos, presos, torturados ou atingidos por quaisquer atos de exceção	Direito ao projeto de vida, direito à liberdade, direito à convivência familiar, direito à integridade física e psicológica	Compensação e Restituição	Reparação econômica em prestação única e Contagem de tempo para efeitos previdenciários, em alguns casos	Art. 1º, II c/c art. 2º, I da lei 10.559/02 Art. 1º, IV da lei 10.559/02
Monitorados ilegalmente*****	Direito à intimidade	Compensação	Reparação econômica em prestação única	Art. 1º, II c/c art. 2º, I
Outras medidas de exceção, na plena abrangência do termo	Direitos fundamentais e políticos gerais	Compensação	Reparação econômica em prestação única	Art. 1º, I e II c/c art. 2º, I

Fonte: ABRÃO & TORELLY: 2009-B, pp. 178-182.

*A declaração de anistiado político é ato de reconhecimento das vítimas e do direito de resistência. É uma condição para todas as demais reparações da lei 10.559/02. Cabe à própria vítima requerê-la ou aos seus sucessores ou dependentes (art. 2º, § 2º da lei 10.559/02).

** A indenização prevista nesta Lei é deferida às seguintes pessoas, na seguinte ordem: ao cônjuge; ao companheiro ou companheira; aos descendentes; aos ascendentes; aos colaterais, até o quarto grau (art. 10 da lei 9.140/95).

*** No caso de falecimento do anistiado político, o direito à reparação econômica transfere-se aos seus dependentes. Cabe reparação em prestação mensal aos casos de comprovada perda de vínculo laboral em razão de perseguição, aos demais casos cabe prestação em prestação única. As compensações (reparações econômicas em prestação única ou mensal) da lei 10.559/02 não podem se cumular. As compensações podem cumular-se com as restituições e reabilitações, exceto a reparação em prestação mensal que não pode cumular com as reintegrações ao trabalho. As compensações da lei 10.559/02 podem se cumular com as compensações da lei 9.140/95.

**** Todas as reparações econômicas de cunho indenizatório da lei 10.559/02, ensejam o direito à isenção do pagamento de imposto de renda.

***** O entendimento da Comissão de Anistia tem sido o de que o direito a reparação cabe somente aqueles em que o monitoramento tenha dado concretude a alguma outra medida repressiva.

O governo Lula (2003-2010) inovou nas políticas de reparação, agregando uma gama de mecanismos de reparação simbólica: implantou o projeto Direito à Memória e à Verdade, com o registro oficial das mortes e desaparecimentos, e as Caravanas da Anistia, com julgamentos públicos da história e pedidos oficiais de desculpas às vítimas (cf.: ABRÃO *et alli*: 2010). Criou ainda o Centro de Referência das Lutas Políticas no Brasil (mais conhecido como projeto “Memórias Reveladas”, e que será um dos assuntos do próprio tópico deste estudo), com a disponibilização dos arquivos do período e propôs um projetos de lei para criar uma Comissão Nacional da Verdade enviando ao Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 7.376/2010), e, ainda, outro PL para o direito de acesso à informação pública (PLC n.º 41/2010), da nova lei de acesso à informação, além de preparar o Memorial da Anistia, para que políticas de reparação e memória sigam integradas no futuro (cf.: SILVA FILHO & PISTORI: 2009). Ainda, foi o Governo Lula que aprovou-se a primeira lei de reparação coletiva, destinada à União Nacional do Estudantes, que teve sua sede destruída pela repressão em um incêndio criminoso tipo como primeiro ato posterior ao golpe, ainda em 1º de abril de 1964 (cf.: Lei n.º 12.260, de 21 de junho de 2010), e cujo pagamento, com verbas já disponíveis parcialmente junto ao orçamento da Comissão de Anistia, deve ocorrer ainda no ano de 2010.

A partir de 2007, a Comissão de Anistia do Ministério da Justiça passou a formalmente “*pedir desculpas oficiais*” pelos erros cometidos pelo Estado consubstanciado no ato declaratório de anistia política. Corrigiu-se, dentro das balizas legais existentes, o desvirtuamento interpretativo que dava ao texto legal uma leitura economicista, uma vez que a anistia não poderia ser vista como a imposição da amnésia ou como ato de esquecimento, ou de suposto e ilógico perdão do Estado a quem ele mesmo perseguiu e estigmatizou como subversivo ou criminoso.

Esse processo de reinterpretação da lei com vistas a constituição de um entendimento mais democrático e equitativo envolveu duas dimensões: de um lado, a operação de uma mudança de enfoque, com o deslocamento da máxima atenção, antes conferida à aspectos econômicos, para os aspectos morais e políticos do processo, privilegiando-se especialmente o pedido público de desculpas às vítimas; em segundo lugar, uma adequação dos próprios critérios econômicos ao contexto social brasileiro, por meio da aplicação dos princípios da

razoabilidade e da proporcionalidade no processo decisório e de cálculo das reparações. Este segundo ponto restará mais claro adiante, no item 4.2.3, quando forem apresentadas as principais assimetrias que tal reinterpretação entende corrigir.

Todo este processo de readequação interpretativa da lei dá-se num contexto mais amplo, dentro do segundo governo Lula, onde as medidas reparatórias são potencializadas por um conjunto de novas medidas, conforme demonstra o quadro 07, abaixo, que relaciona as recentes medidas reparatórias empreendidas pelo estado brasileiro:

QUADRO 07: Medidas e Políticas Públicas de Reparação individual e coletiva do Governo Lula (2003-2010)

Medidas	Ações governamentais e estatais
Pedidos de desculpas	Caravanas da Anistia
Reconhecimento das vítimas	Exposições fotográficas Livro relatório “Direito à verdade e à memória” Publicações oficiais Projeto “Marcas da Memória” Projeto “Memórias Reveladas”
Homenagens públicas	Sessões de Memória das Caravanas da Anistia Ato de homenagens aos 30 anos da greve de fome dos ex-presos políticos Ato Público sobre os 30 anos da lei de anistia
Escutas Públicas	Audiências públicas do movimento operário Depoimentos nas Caravanas da Anistia Fórum das entidades representativas dos anistiados políticos Comissão Especial de Anistia da Câmara dos Deputados Audiência Pública sobre o alcance da lei de anistia de 1979 Audiência pública sobre o regime jurídico dos militares perseguidos políticos
Monumentos e Placas	Projeto Memorial da Anistia Projeto “Pessoas Imprescindíveis”
Projetos de lei	Projeto de lei de acesso às informações públicas Projeto de lei para uma Comissão Nacional da Verdade
Educação e difusão	Seminários e eventos sobre Justiça de Transição Anistias Culturais Publicação de materiais didáticos Publicação da Revista Anistia Política e Justiça de Transição
Fonte: ABRÃO & TORELLY (2009-B)	

Este movimento de ampliação das políticas de reparação – que transbordam da seara eminentemente econômica –, que passam a constituir os principais espaços de visibilidade da luta por justiça de transição no Brasil constituirá um dos principais elementos do passado próximo a sustentar a tese a ser apresentada em 4.2.4, qual seja, a de que no Brasil a dimensão da reparação é, sem nenhuma dúvida, o eixo condutor da justiça de transição, dela derivando as medidas de memória e, mais especial, partindo dos espaços que ela articula boa parte das recentes iniciativas sociais por justiça, verdade e memória. Inobstante, em função da amplitude e da pluralidade de fontes do programa de reparações brasileiro, configurou-se um cenário onde é possível detectar um conjunto de potenciais assimetrias, notadamente oriundas da aplicação da legislação de maior escopo reparatório: a lei n.º 10.559/2002. Antes da discussão do impacto global das políticas reparatórias no processo transicional, edicar-se-á breve momento para a identificação destas possíveis assimetrias, bem como dos mecanismos aplicados para sua superação.

4.2.3. Assimetrias do processo reparatório brasileiro

São três os conjuntos de possíveis assimetrias no que concerne a indenização econômica no programa de reparações brasileiro, todas oriundas dos critérios de aplicação da Lei n.º 10.559/2002: primeiro existe possível assimetria (A) entre os critérios da Lei n.º 10.559 e os critérios da lei n.º 9.140/95 (lei sobre mortos e desaparecidos) e outras legislações (como o Código Civil); ainda, existem possíveis assimetrias (B) entre os dois critérios internos da lei n.º 10.559/02, e, finalmente; (C) entre os anistiados com base em aposentadorias excepcionais anteriores à existência lei n.º 10.559/2002, regulamentadora do art. 8º do ADCT da Constituição de 1988.

A). Possíveis assimetrias entre os critérios da lei n.º 10.559/02, da lei n.º 9.140/95 e de outras legislações

A lei n.º 10.559/2002 possui dois critérios para a fixação de reparação econômica, na modalidade *compensação*, aos perseguidos políticos:

Critério 1: para aqueles que não possuíam atividade laboral à época dos fatos, é prevista uma reparação em prestação única (PU) de trinta salários mínimos para cada ano de perseguição comprovada, até o teto de R\$ 100 mil, livre de tributação;

Critério 2: para aqueles que possuíam vínculos laborais e os perderam em razão da perseguição, é previsto o pagamento de uma Prestação Mensal, Permanente e Continuada (PMPC), vitalícia, livre de tributação e com efeitos financeiros retroativos a 05 de outubro de 1988. A PMPC deve ser fixada em valor correspondente ao cargo que ocupava “como se na ativa estivesse”, adicionados todos os direitos e progressões decorrente do tempo em serviço, ou, em valor arbitrado compatível com médias de mercado para a atividade.

Os critérios de reparação da Lei n.º 10.559/2002 são geralmente comparados aos critérios da Lei n.º 9.140/1995, que cria a Comissão Especial para Mortos e Desaparecidos Políticos e com (A1) as reparações concedidas pela Justiça Federal com base no Código Civil (A2).

A1). Possíveis assimetrias com a Lei n.º 9.140/1995

A Lei n.º 9.140/1995 estabelece reparação em parcela única para os familiares de militantes políticos reconhecidamente vítimas de morte ou desaparecimento forçado durante o regime militar. Nenhuma indenização paga por esta Lei, aplicada pela Comissão Especial para Mortos e Desaparecidos Políticos, pode ser inferior a R\$ 100 mil, e, na prática, pelos critérios legais, nenhuma foi superior a R\$ 152 mil.

Em relação aos pagamentos fixados pelo primeiro critério da Lei n.º 10.559/2002, que prevê a reparação em parcela única de até R\$ 100 mil para os perseguidos políticos que não tivessem vínculo laboral à época dos fatos, não parece haver assimetria. Pois que, no que se refere a comparabilidade entre os bens jurídicos lesados, por exemplo, entre o bem jurídico do direito à vida (morte e desaparecimento) em comparação ao bem jurídico do direito a um projeto de vida, à cidadania ou à identidade (como no caso de crianças em clandestinidade ou exílio, estudantes expulsos das escolas), ou à liberdade e integridade física (processados, presos e/ou torturados sem perda de vínculo laboral), o direito a vida foi mais valorado.

Afinal, o teto máximo da prestação única da lei n.º 10.559 corresponde ao valor mínimo da lei n.º 9.140.

Já quando se faz uma comparação com o segundo critério, que estabelece a prestação mensal, permanente e continuada (PMPC), pode surgir uma discrepância de valores, e parecer que a vida do desaparecido político teria sido valorada inferiormente ao emprego do perseguido que sobreviveu. Assim, hipoteticamente, se um perseguido político demitido, recebe uma reparação econômica em aproximadamente R\$ 2.800,00 mensais, média atual das indenizações (cf.: BRASIL: 2009-B), ao longo do tempo, e somado as parcelas vencidas (“atrasadas”) que lhe são devidas até a data da promulgação da Constituição de 1988, poderá obter um montante superior àquele pago ao familiar de um morto ou desaparecido, a depender da data do protocolo do pedido de reparação e de seu tempo de vida percebendo a PMPC.

Essa possibilidade de assimetria surge pela conjunção, na prática, de dois fatores já apontados: a) a ausência de efetividade das leis anteriores, que determinavam a reintegração dos demitidos, mas que hoje, passados mais de 30 anos, acabam por optar pela compensação financeira (em especial em razão da idade avançada ou em razão de já possuírem outro emprego); b) a mora legislativa para a regulamentação do artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, uma vez que o Congresso Nacional levou quatorze anos para aprovar a Lei n.º 10.559 fixando os critérios reparatórios acima transcritos, fazendo-o apenas após receber medida provisória do Governo FHC, ensejando que as somas a título de retroativos sejam altas mesmo diante do instituto da prescrição quinquenal que sobre elas incide¹⁰⁶. Caso a lei tivesse sido criada ainda em 1989 e os pedidos de reparação tivessem sido analisados administrativamente de forma ágil, os valores retroativos não existiriam e as hipóteses de uma indenização em PMPC por perda de vínculo laboral ser em superiores a indenização por morte e desaparecimento somente ocorreriam na razão direta da expectativa de vida do anistiado político.

A problemática também reside na sempre complicada comparação entre medidas reparatórias distintas, como querer comparar as *restituições* com as *compensações*. Como se

¹⁰⁶ A prescrição quinquenal estabelece prazo prescricional de cinco anos para as dívidas da União. Assim, um pedido formulado no ano de 2005, mesmo retroagindo até 1988, terá parcelas vencidas pagas a título de retroativo apenas até 2000. As maiores reparações em retroativo já pagas pela Comissão de Anistia referem-se a pedidos abertos na década de 1990 junto aos mais variados órgãos da administração e que, pela data do protocolo, recebem retroativos efetivamente até 1988 ou data próxima.

sabe, as *restituições* possuem o propósito possível de devolver o *status quo* anterior da condição de vida pessoal arbitrariamente extirpada enquanto que as *compensações* têm o propósito apenas de mitigar a dor e prejuízos, pois não conseguem restabelecer o bem lesado. Vale observar que, no caso em concreto e, como assentado anteriormente, para os trabalhadores arbitrariamente demitidos, o princípio reparatório no Brasil foi o da *restituição* do trabalho, ou seja, a reintegração. Ocorre que, com o decorrer do tempo e a impossibilidade factual (idade avançada dos demitidos ou novos empregos) de realizar as reintegrações, a legislação previu as compensações, como as prestações mensais. E o dado factual é que estas compensações assumiram juridicamente uma *lógica restitutiva* na medida em que a Constituição estabelece o recebimento de uma indenização com possibilidade de ser fixada em valor compatível àquele em que o cidadão receberia, *como se na ativa estivesse*. Assim, não fosse o instituto da prescrição quinquenal ou a possibilidade de fixar também as prestações mensais por meio de pesquisa de mercado, as *compensações* financeiras mensais pagas aos perseguidos políticos demitidos seriam verdadeiras *restituições* de cada centavo não recebido em razão da perda do emprego.

De toda forma, um dado que não pode ser ignorado quando se comparam as reparações pagas aos familiares dos mortos e desaparecidos e aos demais perseguidos políticos é o de que as compensações da lei n.º 10.559 podem se cumular com as compensações da lei n.º 9.140/95. Por tratar-se de reparação a danos com fundamentos fáticos distintos, os familiares dos mortos e desaparecidos têm o direito a uma dupla indenização do Estado brasileiro. Assim, têm o direito de serem reparados (*compensados*) pela responsabilidade extraordinária do Estado pela morte ou desaparecimento forçado, com base na lei n.º 9.140 e também serem reparados (*compensados*) pela responsabilidade do Estado pelas perseguições políticas que o morto ou desaparecido sofreu em vida, sejam elas ensejadoras de prestação única (quando o morto e desaparecido não possuía vínculo laboral, no caso notório dos estudantes) ou de prestação mensal, permanente e continuada (para os demais casos em que, quando das prisões ou perseguições, tenham perdido vínculos de trabalho). Frente à cumulação desaparece esta assimetria.

A2). Possíveis assimetrias com as reparações judiciais baseadas no Código Civil

Muitos perseguidos políticos, por desconfiança no Poder Executivo ou pela mora do Poder Legislativo em regulamentar a forma de reparação, recorreram ao Poder Judiciário para ver garantido seu direito à reparação. Baseado no Código Civil e, antes da edição da lei n.º 10.559, o Poder Judiciário arbitrou indenizações com base no *dano material* sofrido pelo perseguido e pelo *dano moral* que entendeu cabível, enquanto a Comissão de Anistia vale-se dos dois *critérios especiais* de reparação econômica antes transcritos. Assim, dois casos idênticos, julgados um pela Comissão de Anistia e outro pelo Poder Judiciário, podem chegar a resultados muito diversos, uma vez que a consideração *in concreto* do dano moral somada à reparação de natureza trabalhista de todas as perdas efetivas tendeu a tornar as reparações pagas pela Justiça muito mais elevadas que as pagas pelo Poder Executivo, com base nos dois critérios especiais da Lei n.º 10.559.

Esta possibilidade de assimetria, porém, é derivada da inadequada comparação entre reparação *administrativa* e reparação *judicial*. Especialmente após 2002, com edição de lei específica e criação de órgão administrativo próprio para a promoção de reparações, parece impróprio ao judiciário aplicar critérios outros que não os da lei n.º 10.559. Na jurisprudência recente dos tribunais, confrontados com pedidos de reparação, as respostas mais comuns tem sido (i) a determinação de julgamento e definição do valor pela própria Comissão de Anistia (servindo a sentença apenas para que o processo “fure a fila” na pauta de julgamentos do órgão); (ii) a definição do valor pelo judiciário com aplicação dos critérios da lei específica em detrimento ao código civil, ou, finalmente; (iii) a fixação de valor com base no binômio dano material/dano moral. A meu ver, a possibilidade iii é, certamente, a mais gravosa numa visão geral do processo, na medida que aplica critério impróprio, ensejando, portanto, assimetria.

B). Possíveis assimetrias internas da Lei n.º 10.559/2002

Para além da comparação com outros critérios legais, a atual lei de anistia pode gerar assimetrias entre aqueles a quem se dirigem seus próprios critérios especiais. Justamente por

prever metodologias de cálculos reparatórios diversos para (B1) aqueles que possuíam ou não vínculos laborais rompidos em função da perseguição e, ainda, (B2) por considerar, para aqueles que possuíam vínculos laborais rompidos em função da perseguição, o padrão remuneratório da profissão que o perseguido tinha a época da repressão e a atual remuneração que perceberia se tivesse mantido tal vínculo. Dessa forma, ao se compararem as hipóteses previstas para reparação em prestação única e as hipóteses previstas para reparação em prestação mensal na lei n.º 10.559, ou até mesmo a variedade de situações que ensejam prestações mensais, pode-se observar assimetrias paupáveis na medida em que duas pessoas que tenham sofrido perseguições políticas equivalentes podem receber reparações muito diferentes.

B1.) Assimetrias entre os anistiados da lei n.º 10.559/02, com e sem vínculos laborais à época da perseguição

Na comparação entre as hipóteses previstas para reparação em prestação única e as hipóteses previstas para reparação em prestação mensal na lei n.º 10.559, há um desequilíbrio quando se parte de uma valoração das seqüelas e tipos de danos reparados.

Uma situação hipotética é a de dois cidadãos que militavam em partido clandestino conjuntamente, em atividades semelhantes, ambos presos arbitrariamente por dois anos, um sendo estudante de jornalismo do último ano, o outro jornalista recém formado trabalhando em um jornal de forma regular. Para o primeiro, por não possuir um vínculo laboral, a lei determina o pagamento de parcela única de sessenta salários mínimos por dois anos de perseguição comprovada (um valor aproximado de R\$ 30 mil, considerado o salário mínimo corrente), para o segundo, será fixado valor mensal de remuneração de um jornalista a ser pago mensalmente por toda a vida, além de efeitos retroativos até 1988 (interrompido pela prescrição quinquenal). Assim, o primeiro perseguido, restringido em sua liberdade de ir e vir e de acesso à educação, terá indenização menor que o segundo perseguido, restringido em sua liberdade de ir e vir e na liberdade de trabalhar, haja vista não serem estes os fatores que a legislação elegeu como prioritários para a fixação dos valores reparatórios.

A assimetria verificada no caso concreto não pode implicar em um não-reconhecimento da adequação do direito de o segundo perseguido ver compensadas as perdas econômicas decorrentes da interrupção do seu trabalho, mas sim na simples identificação da existência de situações fáticas menos valoradas pela legislação brasileira em face da grandeza dos danos e sérios traumas que podem ter sido produzidos nos perseguidos que viveram suas perseguições sem perderem vínculos laborais. É o caso explícito dos estudantes expulsos de seus cursos e que tiveram seu projeto de vida alterado, ou os jovens e crianças que sofreram com os pais as conseqüências da vida clandestina, das prisões, das torturas, banimentos, exílios ou outras restrições advindas do regime de exceção, tratam-se das.

A prestação única é fixada com base no tempo de perseguição política comprovada junto à Comissão de Anistia, e não pelas seqüelas decorrentes desta perseguição. A Lei n.º 10.559 não prevê qualquer consideração quanto ao sofrimento individual e as seqüelas permanentes deixadas pela perseguição política, vedando à Comissão de Anistia qualquer reparação a este título. Assim, alguém impedido de trabalhar que possa comprovar seu antigo vínculo receberá uma prestação mensal que lhe garanta a subsistência até a morte, mesmo sem que tenha efetivamente perdido sua capacidade laboral, enquanto outrem, que não possuía vínculo laboral e teve, em decorrência da perseguição, lesão que venha a inviabilizar de forma permanente o exercício de sua atividade laboral, como traumas físicos e psicológicos em razão da tortura, receberá exclusivamente a prestação única de trinta salários mínimos por ano de perseguição.

B2). Assimetrias decorrentes da perpetuação das diferenças de classe

Entre os que perderam vínculos laborais por motivação exclusivamente política, a depender do ganho na atividade laboral comprovada, aqueles que possuíam melhores posições sociais à época da perseguição e conseqüentes melhores salários serão os que hoje receberão reparações mais elevadas, uma vez que a reparação mensal é calculada considerando o vínculo laboral à época da perseguição e a remuneração “como se na ativa estivesse” para este mesmo vínculo na atualidade. Isso faz ensejar a possibilidade de que dois perseguidos que tenham ficado igualmente restringidos em seu direito ao trabalho em profissões diferentes por um dado período de tempo idêntico recebam, hoje, reparações muito díspares. Essa assimetria

também se manifesta numa especial proteção que as sucessivas leis de anistias deram aos perseguidos políticos vinculados ao setor público, como se verá a seguir.

A lei é nitidamente mais favorável aos servidores públicos que aos trabalhadores do setor privado. Para a efetivação de cálculo reparatório em prestação mensal, a Lei n.º 10.559 indica, duas possibilidades, (i) a obtenção do valor remuneratório que atualmente o perseguido teria por meio de consulta a antiga empregadora, organização de classe ou, ainda, pela legislação que rege a carreira; (ii) o arbitramento de valores, com base em pesquisas de mercado.

As carreiras públicas possuem planos de cargos e carreiras fundados em lei, e, desta maneira, é possível afirmar de forma efetiva e precisa quanto alguém estaria recebendo se permanecesse vinculado ao serviço público até o presente naquela mesma carreira. Nos casos da iniciativa privada a existência de planos de carreira é rara e as declarações de empresas costumam ser genéricas, uma vez que a progressão na carreira não é regulamentada, assim, não existem dados concretos que indiquem valores remuneratórios atuais. A mesma problemática insurge com as declarações oriundas de sindicatos e associações laborais, que fornecem dados sobre a categoria, e não sobre o perseguido singular.

Desta maneira, aqueles servidores públicos que foram demitidos por perseguição política ou por envolvimento em greve tendem a receber reparações mensais (e, conseqüentemente, pagamentos retroativos à 1988) superiores aos que tiveram vínculos rompidos com a iniciativa privada. Num exemplo simples, a média da prestação mensal para um aeronauta civil é de R\$ 4.750,00, a mesma média para o aviador militar é de R\$ 13.199,00¹⁰⁷. Ainda, por força de legislações anteriores a de 2002, alguns servidores públicos foram readmitidos em suas carreiras, porém não foram corretamente reposicionados, havendo perdas remuneratórias decorrentes da não progressão na carreira pelo tempo em que estiveram afastados. Para os casos em que os servidores recebem hoje, como aposentadoria regular, parte do que receberiam ordinariamente como fruto de sua readmissão, a Comissão de Anistia tem por obrigação complementar o valor até o que seria sua progressão de carreira por tempo de serviço. Nesta situação, em muitos casos, também pode ocorrer que o valor das complementações seja maior do que a média de outras categorias da iniciativa privada. Mais

¹⁰⁷ Considerados os valores médios obtidos na base de dados da Comissão de Anistia em julho de 2009.

ainda: considerando a inexistência de plano de carreira por tempo de serviço na ampla maioria das ocupações no setor privado, aquele que retornou a sua função em razão da anistia não perceberá qualquer diferença decorrente de seu afastamento, uma vez que esta não poderá ser auferida.

Ainda é certo diagnosticar que, para os servidores públicos, a lei previu mecanismos de reabilitação, como a possibilidade de usufruir de benefícios indiretos mantidos pela Administração Pública aos servidores, tais quais planos de seguro, assistência médica, odontológica e hospitalar e financiamentos habitacionais. Para os perseguidos do setor privado não houve a previsão de mecanismos reparatórios com disposição de serviços públicos de reabilitação.

De todo modo, vale registrar uma exceção à especial tutela do setor público pela Lei n.º 10.559/2002: ela não previu de forma explícita nenhum meio de reparação para aqueles servidores reintegrados a seus cargos corretamente, com as devidas progressões, mas que passaram diversos anos afastados das carreiras e, por vezes, impedidos de trabalhar em outros locais por força de atos arbitrários e que, portanto, ficaram sem perceber os ganhos diretos de seu trabalho pelos anos de afastamento. Nestes casos, mesmo havendo flagrante prejuízo, uma vez que a correta recolocação não remunerou as perdas pelo tempo afastado, a Comissão não dispõe de mecanismos jurídicos específicos para fornecer algum tipo de reparação econômica, restringindo-se à reparação moral e a oficialização do pedido de desculpas.

C). Possíveis assimetrias entre os anistiados originários da Lei n.º 10.559/2002 com os detentores de aposentadorias excepcionais convertidas em prestação mensal

A Lei n.º 10.559/2002 determinou que todos os processos que versassem sobre anistia e existissem em órgãos da Administração Pública Federal Direita e Indireta fossem remetidos ao Ministério da Justiça. Para os casos sem manifestação do Poder Público, previu que a Comissão de Anistia procederá a instrução e julgamento e, para os casos cuja conclusão ensejou concessão de aposentadoria especial, paga pelo INSS, a Comissão deveria substituir tal pagamento em forma de aposentadoria excepcional para a modalidade de PMPC, garantindo, se fosse o caso, os novos direitos incorporados pela lei mais atual. Esta

substituição além de significar uma mudança no caráter da reparação econômica, de cunho previdenciário para o regime indenizatório (o que provoca isenção de incidência de tributação), tem como efeito prático a alteração da fonte pagadora, do INSS para o Ministério do Planejamento (para os civis) ou o Ministério da Defesa (para os militares), com determinação expressa em lei negando a possibilidade de solução de continuidade.

Ocorre que os critérios que foram utilizados para fundamentar as indenizações concedidas aos trabalhadores que foram anistiados anteriormente a existência da Comissão de Anistia foram variados, de acordo com o órgão da Administração que o tenha implementado. Muitas vezes tais valores foram significativamente superiores aos valores praticados pela lei n.º 10.559/2002, gerando assimetrias entre cidadãos com situações fáticas idênticas. Há de se registrar que os valores das portarias substitutivas de regimes, são computados nos dados estatísticos da Comissão de Anistia e elevam a média das indenizações pagas a título de prestação mensal, sendo que, em verdade, não foram deliberados pela Comissão de Anistia mas por outros órgãos da Administração Pública.

Como balanço final sobre este diagnóstico das assimetrias, cabe destacar que alterar os dois critérios legais dispostos na Lei n.º 10.559/2002 é prerrogativa do Poder Legislativo, não cabendo a qualquer órgão da Administração Pública não observá-los. Inobstante, com vistas a reduzir assimetrias respeitados os critérios legais já previstos na Lei n.º 10.559/2002, é sabido que a Comissão de Anistia tomou algumas medidas efetivas, objetivando o estabelecimento de critérios equânimes para todas aquelas situações em que a lei facultasse opções de escolha ao órgão deliberativo.

A partir do ano de 2007, a Comissão de Anistia deixou de usar progressões fictas informadas por antigos empregadores ou associações sindicais como critério primeiro para a fixação das prestações mensais para os trabalhadores do setor privado, valendo-se primariamente de pesquisas de mercado para todos os casos e situações, minimizando parte das possíveis ausências de isonomia para casos que são considerados semelhantes. Igualmente a pesquisa de mercado passou a ser aplicadas para parte dos servidores do setor público, com vistas a eliminar a assimetria existente entre estes e os trabalhadores do setor privado, quando

as descrições das funções laborais mostraram-se compatíveis ou quando, com ainda mais razão, revelavam-se idênticas ou, ainda, quando os resultados finais das indenizações implicavam em indenizações milionárias incompatíveis com os preceitos da razoabilidade e da compatibilidade com a realidade social brasileira.

4.2.4. O processo reparatório como eixo estruturante-condutor da Justiça de Transição no Brasil

Atualmente o programa de reparações brasileiro encontra-se entre os maiores do mundo. Dados atualizados em julho de 2010 do Sistema Integrado de Informação Financeira do Governo Federal (SIAFI) dão conta que entre 2001 e a data da pesquisa, mais de R\$ 3 bilhões foram gastos a título de “custo ditadura” apenas com as reparações econômicas em PMPC e PU. Para além da monta econômica, sopesadas as assimetrias, a abrangência do programa também é amplíssima. Consideradas as diversas possibilidades reparatórias apontadas acima no quadro 06, são raros os casos de vítimas da ditadura e seus familiares que não sejam contempladas em alguma medida pelo programa.

Pode-se, assim, extrair algumas conclusões sobre o processo reparatório no bojo da efetivação da justiça de transição brasileira.

A primeira conclusão importante sobre as reparações no Brasil extrai-se do art. 8º do ADCT, cujo texto explicitamente se traduz em genuíno ato de reconhecimento da anistia aos perseguidos políticos e de seu direito de resistir à opressão. A segunda é a de que, no Brasil, desde a sua origem, a anistia é ato político que se vincula a ideia de reparação. A terceira conclusão é a de que a anistia é concedida pela Constituição àqueles que foram perseguidos, e não aos perseguidores. Por fim, pode-se ainda afirmar que existe no Brasil a implantação de uma rica variedade de medidas de reparação, individuais e coletivas, materiais e simbólicas, porém, é perceptível a quase inexistência de medidas de reabilitação das vítimas. Finalmente, por sua extensão no tempo e abrangência, o processo de reparação será o eixo estruturante da justiça de transição no Brasil, uma vez que é graças as atividades das duas comissões de reparação que outras dimensões da justiça de transição se estruturarão. O direito à memória e à verdade é apenas a mais óbvia destas dimensões, mas outras, como a demanda por justiça

contra os perpetradores, igualmente nasceram de atividades ligadas à reparação (neste caso especificamente, uma audiência da Comissão de Anistia em 2008, após diversos relatos de tortura serem encontrados nos processos administrativos do órgão)¹⁰⁸.

É por isso que, se compararmos a dimensão da reparação com as outras dimensões do processo transicional brasileiro, perceberemos ser esta não apenas melhor desenvolvida, como também ser aquela que funciona como eixo condutor de todo o processo, agregando agentes, impulsionando mudanças e, ainda, tensionando a realização das demais dimensões, na medida em que, como visto da classificação de De Greiff, muitos dos mecanismos de reparação funcionam de forma interconectada com estas dimensões menos desenvolvidas de nossa justiça transicional.

Em função da baixa amplitude das demandas por justiça transicional após o esvaziamento do amplo movimento pró-democratização verificado durante a segunda fase de nossa transição (1979-1988), boa parte das iniciativas transicionais partiu do Poder Executivo, sendo a participação do legislativo, geralmente, “a reboque” desde poder, e a do judiciário historicamente quase nula. Evidentemente, o Poder Executivo é um dos mais “amarrados” pelos elementos arcaicos implicados pelo paradoxo da “vitória de todos” no já distante processo de 1979, razão pela qual lhe é interessante fomentar a agenda da transição desde a pauta reparatória, uma vez que esta não reabre a discussão (pelo menos não ordinariamente) os elementos conflituosos jamais resolvidos no longo e gradual processo de fortalecimento do Estado de Direito.

De forma resumida, (i) a sociedade civil brasileira mais ampla desarticulou-se do tema da anistia, que passou a ser desenvolvido por setores isolados uns dos outros, com grande sobreposição de esforços e desperdício de energias; (ii) entre os poderes de Estado, o Executivo é, desde sempre, o principal artífice das medidas transicionais no Brasil, sendo ou seu executor direto, ou o promotor do debate público que pressiona aos demais poderes, porém é sempre fortemente tensionado pela impossibilidade de romper com caracteres

¹⁰⁸ Informações sobre a atividade abundam na imprensa. Destaco abaixo as reportagens dos jornais Folha de S. Paulo e o O Globo.

Folha de S. Paulo: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u428149.shtml>

O Globo: http://oglobo.globo.com/pais/mat/2008/07/31/tarso_genro_defende_punicao_para_torturadores_do_regime_militar-547498555.asp
(acessados em novembro de 2010)

político-culturais impingidos pelo nosso formato transicional, de modo que elege (iii) o processo de reparação como eixo estruturante da dinâmica da justiça transicional brasileira, mesmo sem este esgotar a integralidade do processo.

De fato, as experiências internacionais têm demonstrado que não é possível formular um “escalamento de benefícios” estabelecendo uma ordem sobre quais ações justransicionais devem ser adotadas primeiramente, ou sobre que modelos devem ajustar-se a realidade de cada país, existindo variadas experiências de combinações exitosas (Cf.: CIURLIZZA: 2009, pp. 22-29). Assim que, em processos de justiça transicional não podemos adotar conceitos abstratos que definam, a priori, quais medidas devem ser implementadas por cada Estado para obter melhores resultados. Daí que o diagnóstico de que o processo justransicional brasileiro privilegiou em sua gênese a dimensão reparatoria não é um demérito, mas sim apenas um elemento característico fundante deste modelo justransicional, conectado tanto aos fatores limitadores do próprio processo transicional, quanto a outros elementos típicos de nossa cultura jurídico política cuja a própria sociedade não consegue superar conjuntamente, sendo por demais esperar do processo transicional que os promova.

É um dado que as medidas transicionais no Brasil são tardias em relação as adotadas em outros países, como os vizinhos Argentina e Chile, ou mesmo países distantes, como a Grécia e a Alemanha do pós-guerra, mas isso não depõe contra a relevância de adotar tais medidas. De todos modo, em um processo com as peculiaridades do brasileiro, longo, delicado, vagaroso e truncado, não é realista a crítica de que o processo de reparação seria causador de “alienação” social, nos termos de um “cala boca”¹⁰⁹, pois, como visto, a sociedade seguiu renovando-se e adotando novas medidas de aprimoramento democrático por meio de sucessivas reformas institucionais (mesmo que estas não tenham se pautado primordialmente pelo móvel da Justiça de Transição). O que é efetivamente irreal é esperar

¹⁰⁹ Reduzir o valor moral da declaração de anistiado político à mera dimensão econômica é, atualmente, a estratégia mais comumente utilizada por aqueles setores irresignados com a própria existência de uma assunção de culpa do Estado brasileiro pelos erros cometidos no passado, que pretendem com esse discurso justificar, valendo-se das assimetrias características do processo de reparação econômica brasileira, que a lei de anistia não teria promovido nada além de um “cala a boca” a determinados setores sociais. O historiador Marco Antônio Villa defendeu, em entrevista a revista época, que “*Distribuir dinheiro foi um belo “cala-boca”. Muita gente que poderia ajudar a exigir a abertura dos arquivos acabou ficando com esse “cala-boca”.*” Corroborando a tese aqui defendida, este mesmo autor também afirma, em artigo na Folha de S. Paulo, que “*O regime militar brasileiro não foi uma ditadura de 21 anos. Não é possível chamar de ditadura o período 1964-1968 (até o AI-5), com toda a movimentação político-cultural. Muito menos os anos 1979-1985, com a aprovação da Lei de Anistia e as eleições para os governos estaduais em 1982.*”. Não é difícil, portanto, identificar a existência de uma posição ideológica clara na assunção destas posições. Cf.: VILLA: 2008 e 2009.

que em um país onde foram necessários quase dez anos para completar um primeiro ciclo de abertura política (1979-1988) se pudesse, a passos cerrados, promover medidas da mesma dimensão que as implementadas em países como a Argentina, onde o regime viveu um colapso completo na seqüência de uma rotunda derrota militar em guerra externa, ou como em Portugal na Revolução dos Cravos de 1975 que derrubou o salazarismo onde os militares foram a vanguarda da extinção do regime porque não eram a vanguarda do regime – sendo esta percepção, inclusive, amplamente descrita na literatura da ciência política sobre as transições em perspectiva comparada (Cf.: LINZ & STEPAN: 1999). 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.

Pode-se, assim, identificar pelo menos três vantagens no processo transicional brasileiro, a partir da pedra angular da reparação:

(i) Temos como uma primeira vantagem o fato de que o trabalho das Comissões de Reparação têm impactado positivamente a busca pela verdade, revelando histórias e aprofundando a consciência da necessidade de que todas as violações sejam conhecidas, promovendo e colaborando, portanto, com o *direito à verdade* (essa dimensão será melhor explorada no próximo item do estudo). As comissões não apenas tem acesso a um enorme contingente de arquivos do período como, e sobremaneira, produzem novos arquivos. Somente a Comissão de Anistia do Ministério da Justiça possui em seus acervos quase 70 mil dossiês que contrastam documentos oficiais com a narrativa dos perseguidos, seja pelo meio escrito das petições, seja através do relato oral, registrado no áudio de centenas de sessões realizadas em todas as regiões do país;

(ii) Os próprios atos oficiais de reconhecimento por parte do Estado de lesões graves aos direitos humanos produzidos por essas Comissões de reparação, somados à instrução probatória que os sustentam, tem servido de fundamento fático para as iniciativas judiciais no plano interno do Ministério Público Federal, incentivando, portanto, o *direito à justiça* num

contexto onde as evidências da enorme maioria dos crimes já foram destruídas (as limitações a esta dimensão transicional igualmente receberão melhor tratamento a seguir);

(iii) Finalmente, temos que o processo de reparação está dando uma contribuição significativa na direção de um avanço sustentado nas *políticas de memória* num país que tem por tradição esquecer, seja pela edição de obras basilares, como o livro-relatório *Direito à Verdade e a Memória*, que consolida oficialmente a assunção dos crimes de Estado, seja por ações como as Caravanas da Anistia e o Memorial da Anistia, que além de funcionarem como políticas de *reparação individual e coletiva*, possuem uma bem definida dimensão de *formação de memória*. Para além da já referida dimensão de revelação histórica, consubstanciada no acesso aos documentos, o registro dos testemunhos dos perseguidos políticos e a realização dos debates públicos sobre o tema tem ensejado uma nova reflexão sobre o período. Este processo, incrivelmente, tem sido um dos mais eficientes na reversão do paradoxo da vitória de todos, na medida em que coopera para a superação da semântica da ditadura e, ainda, expõe de forma translúcida a prática de arbítrios, permitindo um reposicionamento da sociedade quanto a sua própria história -- e não a re-escrita da história, como querem alguns.

Apenas após a verificação do *modus operandi* do processo de reformas institucionais, que desvincula-se da pauta justransicional, e da plena compreensão da dimensão da reparação enquanto eixo-central das políticas de transição é que pode-se bem compreender as dimensões da memória, da verdade e da justiça na plenitude de suas contradições, coisa que passa-se a promover a seguir.

4.3. As voltas com o paradoxo da vitória de todos: memória, verdade, ficção e esquecimento¹¹⁰

A questão da memória é, certamente, uma das mais controvertidas na literatura sobre as transições políticas para a democracia, uma vez que, muito mais que qualquer outro tema,

¹¹⁰ Parte deste capítulo foi previamente discutida no seminário internacional “*Repressão e Memória Política no Contexto Luso-Brasileiro*”, realizado em abril de 2009 em Coimbra, Portugal, numa parceria entre a Comissão de Anistia do Ministério da Justiça do Brasil e o Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. Esta primeira versão do texto, bastante mais resumida, encontra-se publicada em TORELLY: 2010, pp. 104-122.

fricciona as já bastante combalidas fronteiras entre direito e política e, mais ainda, entre a “nova política”, adequada institucionalmente a padrões democráticos, e as reminiscências da velha política do antigo regime, que busca encontrar espaço para um re-inserção, com nova roupagem, no modelo institucional em construção. No caso brasileiro, tal questão torna-se-á ainda mais complexa, uma vez que o modo de construção de representações sociais induzido pelo regime por meio da lei de anistia de 1979, naquilo que defini como a dupla construção simbólica que produz o paradoxo da vitória de todos, conduzirá um conjunto significativo de atores sociais e institucionais a trabalharem a memória desde as categorias da ficção e do esquecimento, enquanto outros setores sociais, sobremaneira os compostos por atores da luta social pela anistia, procurarão afirmar o direito a obtenção da verdade (em sentido lato) sobre o período e a afirmação de uma memória de oposição, que nega o suposto arranjo institucional que tornou a anistia possível. Assim, no caso brasileiro, ocorre não apenas um conflito sobre a verdade do período em si – não só, portanto, uma disputa sobre “os fatos” –, mas também um conflito sobre o uso a ser dado a memória produzida desde esses fatos pela política: deve ela ser um meio de contribuir para o aprimoramento democrático ou, ao contrário, deve-se procurar erradicar a lembrança coletiva como forma de evitar re-armar a sociedade entorno de temas “superados”? Em qualquer dos casos, qual a medida de distinção entre usos democráticos e autoritários da memória? Qual o papel do direito na regulação deste processo que, a priori, surge como eminentemente político?

Estes questionamentos de ordem político-social sobre a importância e o papel da memória e da verdade não são uma exclusividade do caso brasileiro e, em consonância com uma tendência que se mostra cada vez mais forte nos países de tradição constitucionalista, viabilizaram-se socialmente por diversos meios, entre eles a juridicização das questões e sua resolução por mediação dos direitos fundamentais e do direito internacional. Desta feita, além dos debates filosóficos e sócio-político propriamente ditos, enfrenta-se atualmente um debate jurídico sobre a existência ou não de um “direito à memória e à verdade”, em fóruns importantes e qualificados, como o Alto Comissariado de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas e em grupos de trabalho permanentes, como a comissão que leva o nome do próprio direito em debate, estabelecida de forma permanente pelo MERCOSUL. Nesse sentido, procurarei (4.3.1) oferecer um enfoque o mais alargado possível da temática “direito à memória e à verdade”, porém sempre precisando ao que estou me referindo, em concreto, quanto utilizo expressões como “direito à verdade” ou “direito à memória”. Esses

aclareamentos conceituais ajudam a desviar a argumentação de uma série de polêmicas que me parecem artificiais, e que serão referidas ao longo do texto. Isso feito, (4.3.2) será procedida análise do conteúdo normativo do referido direito, definido mormente pela atuação dos tribunais, e das razões de sua aplicação em políticas públicas. Esta questão é de extrema importância, pois as políticas de memória serão – em regra – muito mais amplas quando levadas a cabo pelo Executivo e pelo Legislativo do que quando implementadas pelo Judiciário, o que significa, em termos práticos, que a sociedade pode optar politicamente por uma efetivação destes direitos em patamares superiores a “linha de corte” apontada pelos tribunais, especialmente quando almeja um uso político da memória/verdade que supere dialeticamente o conteúdo implícito a ideologia que apregoa o esquecimento/ficção como alternativa. Finalmente, para a análise do caso brasileiro, procurarei abrir duas linhas de investigação, (4.3.3) uma primeira focada na confiabilidade institucional e na relação que a memória social autoritária guarda com a manutenção de culturas não-democráticas¹¹¹, que funciona como uma espécie de diagnóstico da situação do país em searas com o esquecimento e a ficção impedem uma reflexão crítica sobre um passado que se repete no presente para, finalmente, (4.3.4) apresentar as medidas empreendidas na área da memória e da verdade e, especialmente, (4.3.5) os prognósticos para o futuro, com a criação de grupo de trabalho específico sobre o tema no Ministério Público Federal, o avanço das políticas em curso e o debate sobre a criação de uma Comissão Nacional da Verdade.

4.3.1. Conceituando “direito à memória” e “direito à verdade” para fins concretos

A categoria “verdade”, conforme usada nos debates aqui postos, possui uma série de peculiaridades que devem ser apresentadas antes de seu tratamento acadêmico, sob pena de contra ela serem contra ela erguidas falsas objeções. Teitel, discutindo as abordagens foucaultinas sobre a verdade bem circunscreve a objeção central:

“[...] a história é professora e juíza, e a verdade histórica é em si justiça. É essa visão do potencial liberalizante da história que inspira um argumento popular contemporâneo para a responsabilização histórica nas transições. Ainda, a pressuposição de que “verdade” e “história” são uma

¹¹¹ Como foi apontado no capítulo 2, partindo do estudo de PEREIRA (2005; 2010)

mesma coisa evidencia a crença na possibilidade de uma história autônoma e objetiva do passado desmentindo o significado do contexto político presente na formação da investigação histórica. Porém a teorização moderna sobre o conhecimento histórico desafia consideravelmente tal concepção. Quando a história teve sua “virada interpretativa”, deixou-se de ter uma singular, clara e determinada compreensão sobre uma “lição” a se tirar do passado, em vez disso passou a reconhecer um grau de dependência entre a compreensão histórica e as contingências políticas e sociais.” (TEITEL, 2000, pp. 69-70, grifos meus - tradução livre¹¹²)

Uma visão determinista da história e da verdade tende a, em última análise, reproduzir na democracia as distorções existentes na manipulação da verdade pelos regimes de exceção, na medida em que se procura “pasteurizar” e unificar a ideia de verdade como meio de capitalizar politicamente alguma ideologia ou alguma versão do passado. Essa manipulação, involuntariamente, se faz muitíssimo presente no discurso de muitos movimentos sociais, que procuram opor “a verdade” por eles defendida contra “a mentira” da ditadura, negando a possibilidade de divergência razoável fundada em fatos “reais”.

O argumento do “direito à memória e à verdade”, para escapar desta cilada, deve calcar-se em duas ideias-forças:

Primeiramente, que quando da utilização do termo “verdade”, o que se procura não é afirmar a inexistência de divergência quanto aos fatos, mas sim a necessidade de que os fatos sejam o mais conhecidos possível. Na prática, o “direito à verdade” refere-se a possibilidade de esclarecimento público sobre o funcionamento da repressão e, especialmente, a abertura de todos os arquivos oficiais existentes, pois neles está contida “a mentira”, ou seja: a “verdade” do sistema repressor, jamais exposta a qualquer controle ou filtro. Essa “verdade do sistema”, eivada de ranço ideológico e, muitas vezes, de informações falsas inseridas para justificar ações dos agentes dos Estado, ou com graves omissões (como a prática de tortura e

¹¹² “[...] history is teacher and judge, and historical truth in and of itself is justice. It is this view of the liberalizing potential of history that inspires the popular contemporary argument for historical accountability in transitions. Yet, the assumption that “truth” and “history” are one and the same evidences a belief in the possibility of an autonomous objective history of the past belying the significance of the present political context in shaping the historical inquiry. However, modern theorizing about historical knowledge considerably challenges this conception. When history takes its “interpretative turn,” there is no single, clear, determinate understanding or “lesson” to drawn from the past but, instead, recognition of the degree to which historical understanding depends on political and social contingency.”

desaparecimentos forçados), deve ser escrutinável pelo público como forma, justamente, de albergar a possibilidade de contestação daquela narrativa. Assim, o “direito à verdade” não refere-se a construção de uma narrativa única, mas sim a necessidade de que existam disponíveis na sociedade diversas narrativas concorrentes, que permitam à cidadania ler o passado de forma menos maniqueísta, ao final conformando ou não uma nova narrativa “oficial”.

Em processos de busca pela verdade, os agentes envolvidos utilizam-se de diversas formas de lidar com os fatos para construírem narrativas com pretensão de verdade ou, pelo menos, de legitimidade. Em seu estudos sobre o tema, Payne identifica pelo menos oito mecanismos performáticos de agentes para lidar com o passado: remorso, heroísmo, sadismo, negação, silêncio, ficção e mentira, amnésia e traição (PAYNE: 2008), concluindo pela importância da adoção de uma abordagem que enfatiza a “coexistência contenciosa” em lugar a uma visão monolítica da história:

“Entre os extremos da visão cautelosa e da utópica quanto à resolução de conflitos existe um modelo mais prático: a coexistência contenciosa. A coexistência contenciosa rejeita ordens ineficientes de censura e filia-se ao diálogo democrático, mesmo para questões altamente facciosas, entendendo-o como saudável para as democracias. Ela rejeita a cura por meio de verdades oficiais inviáveis em favor de um múltiplo conjunto de verdades alegadas que refletem diferentes pontos de vista políticos no interior da sociedade” (2008: p.281 - tradução livre¹¹³).

Assim, é fundamental que reste assentado neste primeiro momento que o “direito à verdade” não objetiva a formulação de uma narrativa uma que se oponha e substitua a narrativa construída pela repressão, mas sim a viabilização da insurgência de narrativas plurais construídas com igualdade de oportunidades, ou seja: com igual acesso as “fontes de verdade” e meios de difusão. Essas novas narrativas referem-se preferencialmente as vítimas, mas não apenas a elas, uma vez que o que pretende-se não é erradicar as versões do passado existente, mas sim pluralizá-las. O caso brasileiro é latente neste sentido, uma vez que

¹¹³ “Between the cautionary and utopian extremes of conflict resolution lies a more practical model: contentious coexistence. Contentious coexistence rejects ineffective gag orders and embraces democratic dialogue, even over highly factious issues, as healthy for democracies. It rejects infeasible official and healing truth in favor of a multiple and contending truths that reflect different political viewpoints in society.”

narrativas derivadas da narrativa oficial do regime seguem sendo atualizadas, com acesso privilegiado a fontes (vide USTRA: 2006)), enquanto procura-se negar igual possibilidade as vítimas, tratadas como “revanchistas” ao tentarem trazer à público suas versões.

Assim, na acepção aqui proposta, o direito à verdade não busca encerrar o debate histórico, mas sim fomentá-lo. É desta forma que o direito à verdade torna-se peça-chave de mobilização, por exemplo, contra a semântica autoritária que classifica resistentes como terroristas. Neste caso em concreto, o direito a verdade não busca garantir que toda a sociedade veja os resistentes como resistentes, mas sim que sua versão sobre o conflito torne-se igualmente conhecida àquela versão oficiosa produzida pela repressão e amplamente difundida, inclusive pela imprensa. Além disso, apregoa o total conhecimento dos fatos ocorridos no passado (mesmo que sob variadas versões), para que a própria sociedade possa avaliar de forma efetiva a importância da adoção de outras medidas, como justiça e reparação.

Afirmar o direito à verdade como direito ao amplo conhecimento dos fatos passados e a possibilidade de formulação e sustentação, na arena pública, de uma narrativa sobre este período é bastante antagônico a ideia de afirmação de “uma verdade” contra “uma mentira”, afastando do espectro de discussões argumentos mais apressados, como os de Dimoulis, ao afirmar que os mecanismos transicionais de busca pela verdade “[...] não permitem encontrar a “verdade” sobre um período histórico. Arquivos estatais e testemunhos de pessoas com forte engajamento ideológico a favor ou contra o regime não permitem esclarecer causas e conseqüências da atuação do Estado, o que mina a promessa de verdade [...]” (2010: p. 101). O objetivo de mecanismos de investigação e escuta, se correta a acepção dada ao direito da verdade neste estudo, é justamente o de permitir conhecer, por via dos arquivos estatais e testemunhos, os procedimentos tidos secretamente pelo Estado para que, apenas depois disso, possa-se disputar a hegemonia narrativa sobre o período. Negar esta possibilidade é aceitar a versão oficial apresentada pelo regime como o mais próximo que poder-se-ia chegar de conhecer o passado, aceitando, justamente, uma versão altamente ideologizada como se “pura” e “factível” fosse. Ainda, mesmo quando os procedimentos de busca por verdade são ineficazes em registrar documentalmente o modus operandi da repressão eles conseguem, minimamente, inaugurar dúvidas razoáveis sobre a veracidade de determinadas afirmações nunca antes verificadas. Essa *dimensão negativa* do direito à verdade pode não se a ideal, mas, certamente, já é capaz de contribuir para o debate e o diálogo democrático.

Em segundo lugar, deve-se melhor conceituar a ideia de “direito à memória” para evitar novos mal entendidos semânticos. Dimoulis aponta que “*exigir que o Estado adote e divulgue certas “verdades” históricas viola o imperativo da neutralidade estatal diante das crenças e posições dos indivíduos*” (*ibidem*, p. 104). A crítica mais geral a este argumento já foi pontuada no início do capítulo três, e refere-se grosso modo a própria ideia de que, de alguma maneira, o Estado possa estruturar-se de modo independente de “verdades” e “valores”, mas, especificamente no caso concreto do direito à verdade, ao não investigar o passado o que o Estado faz é, justamente, divulgar certa “verdade” histórica como se fato fosse, uma vez que este mesmo Estado produziu uma determinada verdade sobre o período, reconhecidamente manipulada para sustentar o aparelho de repressão. Assim, a ideia de “direito à memória” conecta-se a de “direito à verdade” como forma de afirmar o direito da sociedade mas, especialmente, das vítimas, de também construir discursos com pretensão de verdade e apresentarem estes discursos ao Estado como meio de disputa democrática da versão oficial sobre o passado. Novamente aludindo a um exemplo prático, significa fornecer ao cidadão torturado a garantia de que mesmo constando no arquivo oficial a informação “detido para averiguação e liberado”, existirá em outra fonte, preferencialmente também oficial e disponível para similar acesso, seu relato de que o que ocorreu fora, efetivamente, um sessão de tortura para tentar obter informações sobre sua organização clandestina.

Ainda, o “direito à memória” objetiva, no plano coletivo, a reinserção de determinadas narrativas no seio social. A semântica da repressão, somada a esforços de aniquilamento da oposição ao regime, afastou por completo da arena pública um conjunto de argumentos e teses defendidos por setores sociais, alijando-os de participação na disputa política e também da construção de uma narrativa nacional. Neste sentido, o direito à memória visa garantir a equidade destes cidadãos para com os outros, permitindo que também sua história de luta e reivindicação possa ser acessada e avaliada publicamente.

O binômio verdade-memória, conforme entendido neste estudo, cumprirá portanto dois papéis nas políticas transicionais: (i) o de promover o esclarecimento histórico de variados fatos e, ainda, (ii) o de promover a integração social, na medida em que viabiliza a ampliação do espectro da narrativa nacional sobre o passado. Passa, portanto, a articular-se dentro da perspectiva de construir uma “memória coletiva” que desaguará naquilo que defino

como um “senso comum democrático”. Mas antes de adentrar nesta esfera, cabe questionar a existência, do ponto de vista legal, de referido “direito à memória e à verdade”.

4.3.2. Conteúdo normativo e meios políticos de efetivação

Yamin Naqvi situa a origem normativa do direito a verdade, no plano internacional, nos protocolos adicionais à Convenção de Genebra:

“O direito à verdade emerge como conceito jurídico em variadas jurisdições e com muitos disfarces. Suas origens podem ser encontradas no direito de as famílias saberem do destino de seus parentes, existente no direito internacional humanitário e reconhecido pelos artigos 32 e 33 do I Protocolo Adicional de 1977 à Convenção de Genebra de 1948, bem como nas obrigações das partes em conflito armado de buscarem por pessoas reportadas como desaparecidas.” (2006: 248 - tradução livre¹¹⁴)

Posteriormente, aponta o grande desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial da questão em diversos órgãos oficiais:

“[...] O desaparecimento forçado de pessoas e outras marcantes violações aos direitos humanos durante períodos de extrema violência estatal em massa patrocinada pelo Estado [...] implicaram em uma ampliação da interpretação sobre o direito a receber informações sobre pessoas desaparecidas. Levou ainda a identificação e ao reconhecimento do direito à verdade por vários órgãos internacionais, em particular a Corte e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre Desaparecimento Forçado ou Involuntário e o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas. Esses órgãos progressivamente desenharam este direito como forma de defender e reivindicar outros direitos humanos fundamentais, como o direito de acesso à justiça e a um remédio e reparação efetivos para as violações. Eles igualmente expandiram o

¹¹⁴ “The right to the truth has emerged as a legal concept in various jurisdictions and in many guises. Its origins may be traced to the right under international humanitarian law of families to know the fate of their relatives, recognized by Articles 32 and 33 of the 1977 Additional Protocol I to the Geneva Conventions of 1948, as well as obligations incumbent on parties to armed conflicts to search for persons who have been reported missing.”

direito a verdade para além das informações sobre os eventos relacionados a pessoa ausente ou desaparecida para que também contemplasse outras violações contra os direitos humanos, incluindo detalhes sobre os contextos em que ocorreram.” (*ibidem*: pp. 248-249 - tradução livre¹¹⁵)

Finalmente, Naqvi aponta a origem do direito como “derivada” de outras obrigações que os Estados possuem no plano internacional e que insurgem quando da prática, em seus territórios, de graves violações aos direitos humanos:

“De um modo geral, o direito à verdade, portanto, está diretamente ligado a origem do próprio conceito de vítima de violação grave aos direitos humanos. Como os direitos processuais, ele surge após a ocorrência da violação de outro direito humano, e aparentemente sua violação ocorre quando informações atinentes a primeira violação não são prestadas pelas autoridades, seja por meio da divulgação oficial da informação, do surgimento desta informação por meio de um julgamento ou ainda por mecanismos de busca da verdade.” (*ibidem*: p.249 - tradução livre¹¹⁶)

Em sede de conclusões finais, a autora aponta a existência de um direito a verdade, sobremaneira por sua reiterada aplicação no direito internacional (sendo o costume uma fonte de direito), porém pontuando a dificuldade existente em circunscrever a abrangência normativa do direito, na medida em que diversos mecanismos de acesso a verdade podem ser satisfativos em diferentes medidas, e que a alusão ao costume internacional não permite acessar a um maior detalhamento de extensão normativa.

¹¹⁵ “[...] Enforced disappearances of persons and other egregious human rights violations during periods of extreme, state-sponsored mass violence [...] prompted a broader interpretation of the notion of the right to be given information about missing person. It also led to the identification and recognition of a right to the truth by various international organs, in particular, the Inter-American Commission on Human Rights and Court of Human Rights, the UN Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances and the UN Human Rights Committee. These bodies progressively drew upon this right in order to uphold and vindicate other fundamental human rights, such as the right of access to justice and to an effective remedy and reparation. They also expanded the right to the truth beyond information about events related to missing or disappeared person to include details of other serious violations of human rights and the context in which occurred.”

¹¹⁶ “Broadly speaking, the right to the truth, therefore, is closely linked at its inception to the notion of a victim of a serious human right violation. Like procedural rights, it arises after the violation of another human right has taken place, and would appear to be violated when particular information relating to the initial violation is not provided by the authorities, be it by the official disclosure of information, the emergence of such information from a trial or by other truth-seeking mechanisms.”

Conforme referido na citação, a Corte Interamericana de Direitos Humanos várias vezes manifestou-se sobre o direito à verdade, valendo referir aqui o *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*, onde a Corte extrai diretivas daquilo que define como “obrigações positivas inerentes ao direito à verdade”:

“[...] as obrigações positivas inerentes ao direito à verdade exigem a adoção de desenhos institucionais que permitam que este direito se realize da forma mais idônea, participativa e completa possível, e que não enfrente obstáculos legais ou práticos que o tornem ilusório. **A Corte ressalta que a satisfação da dimensão coletiva do direito à verdade exige a determinação processual da mais completa verdade histórica possível, o que inclui a determinação judicial dos padrões de atuação conjunta e de todas as pessoas que das mais diversas formas participaram das referidas violações, bem como suas respectivas responsabilidades. Essa investigação deve ser assumida pelo Estado como um dever jurídico próprio e não como uma simples gestão de interesses particulares que dependa de iniciativas processuais das vítimas ou de seus familiares, ou, ainda, da apresentação privada de elementos probatórios.**” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*, grifos meus - tradução livre¹¹⁷)

Indícios de normatividade do direito à verdade encontram-se também presentes nos ordenamentos nacionais, com a assunção de direitos fundamentais como o acesso à informação pública ou, ainda, de princípios, como o princípio democrático e o próprio princípio da dignidade da pessoa humana¹¹⁸. Destaca-se que, em todos os casos, segue-se verificando o padrão apontado por Naqvi, na medida em que a percepção da existência normativa do direito não nos fornece elementos suficientes para um circunscrição exata de

¹¹⁷ “[...] las obligaciones positivas inherentes al derecho a la verdad exigen la adopción de los diseños institucionales que permitan que este derecho se realice en la forma más idónea, participativa y completa posible y no enfrente obstáculos legales o prácticos que lo hagan ilusorio. **La Corte resalta que la satisfacción de la dimensión colectiva del derecho a la verdad exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye la determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades. Dicha investigación debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios.**”

¹¹⁸ Para um bastante amplo conjunto de referências sobre a jurisprudência internacional sobre o tema, confira-se o item V.8 do Digesto de Jurisprudência Latinoamericana sobre Crimes de Direito Internacional (FUNDACIÓN PARA EL DEBITO PROCESO LEGAL: 2009).

sua extensão (coisa comum a muitos direitos de origem consuetudinária ou produto da aplicação conjunta de outros princípios). É neste contexto que a citação da Corte acima posta, em especial na parte negritada, torna-se relevante, pois identifica dois elementos concretos do direito que tornam-se obrigatórios aos estados membros: (i) a impossibilidade de negativa pelo judiciário em dar seguimento as causas e, ainda, (ii) a existência de uma dimensão coletiva do direito à verdade, que o torna indisponível as partes. Esse segundo ponto é especialmente relevante pois a indisponibilidade é característica típica dos direitos humanos e fundamentais, e a assunção e reconhecimento da existência de uma dimensão coletiva do direito à verdade nos permitirá, articulando ao conceito a ideia de direito à memória (que normativamente conecta-se ao direito a auto-determinação dos povos, como se pretende demonstrar a seguir), melhor investigar os mecanismos de esclarecimento histórico e a importância do direito à memória e à verdade para a consolidação do Estado de Direito, em sua acepção constitucionalista, por meio da afirmação de uma memória social ou coletiva.

O fato do direito à memória e à verdade conectar-se a produção de uma memória coletiva faz com que sua aplicação, seja por meio de ações do Poder Executivo ou Judiciário, defronte-se com o próprio problema conceitual imanente a transferência de uma categoria originalmente individual (a memória) para o plano coletivo (memória social/coletiva). Esse procedimento torna-se ainda mais sensível na medida em que, como asseveramos acima, inexistente a possibilidade de fixação de “uma” verdade, sendo o próprio núcleo normativo do direito à verdade gerador de narrativas e expectativas sociais dissonantes. A confluência vocabular entre “verdade” e “memória” amplifica o problema, na medida em que muitas vezes diz-se “resgatar a memória” para significar “resgatar a verdade” ou, como já referido no caso dos movimentos sociais de luta pela memória, assume-se “luta pela memória” como “luta pelo acesso à verdade”. Em uma das mais louváveis obras sobre o tema, Paloma Aguilar define o problema:

“Existe uma grande confusão sobre o significado destas expressões pois distintos autores lhes empregaram com propósitos e conotações muito diferentes. A isto se acrescenta que o termo “memória”, já de si polisêmico, quando vem acompanhado dos adjetivos “histórica”, “coletiva” ou “social”, tem um evidente componente metafórico e, em algumas ocasiões, também

reivindicativo.” (AGUILAR: 2008: p.43 - tradução livre¹¹⁹)

Aguilar desenvolverá seu próprio conceito de “memória coletiva”, partindo de um conjunto de distinções que procuram articular a ideia de memória histórica a uma conjunto mais “documental” de verdades, e aproximando os conceitos de memórias sociais e coletivas a ideia de processos identitários (daí apontar-se sua conexão com o princípio da auto-determinação), chegando a uma dicotomia mais produtiva, entre *memória social* e *memória institucional*, que ao ser adotada por este estudo permite articular uma forma altamente democrática de inserção do conteúdo do direito à memória e à verdade no contexto democrático de um Estado Constitucional de Direito, na medida em que viabiliza a disputa da memória institucional pelas diversas memórias sociais, sem negá-las. Vejamos:

“Segundo meu ponto de vista, a memória pode obter seu caráter “social” ou “coletivo” do fato de ser compartilhada pelos membros de um grupo, mais ou menos claramente delimitado, cujo tamanho pode oscilar entre unidades muito pequenas, como a família, até outras muito maiores, como a nação [...]. Esta memória, que aqui qualificaremos indistintamente como “coletiva” ou “social”, deve ser diferenciada da memória “institucional” ou “oficial” (ainda que não exista necessária oposição entre ambas), que é aquela que atinge maior visibilidade no espaço público, sendo referida em monumentos, comemorações, e que é impulsionada por políticas da memória. Essa memória normalmente é promovida pelos governos (de distintos níveis) ou pelas casas legislativas (estatais ou municipais), mas pode ter sido introduzida na agenda política por instâncias e agrupamentos sociais dos mais variados tipos. Desta forma, uma memória que, inicialmente, pertencia aos membros de um determinado grupo [...] pode acabar se convertendo em uma memória “institucional” se, por meio dos poderes Executivo ou Legislativo, se decidir lhe dar respaldo oficial, coletando-

¹¹⁹ “Existe una gran confusión en torno al significado de estas expresiones, pues distintos autores las han empleado con propósitos y connotaciones muy diferentes. A esto se añade que el término, ya de por sí polisémico, de <<memoria>>, cuando va acompañado de los adjetivos <<histórica>>, <<colectiva>> o <<social>>, tiene un evidente componente metafórico y, en ocasiones, también reivindicativo.”

lhes o espírito e/ou as reivindicações.” (*ibidem*: pp. 57-58
- tradução livre¹²⁰)

A definição de Aguilar é, neste sentido, coerente com a prescrição de um direito à verdade que prescreva a abertura de arquivos públicos e o próprio direito a contestar a versão dos fatos neles apresentadas e, ainda, um direito à memória de natureza inter-subjetiva que configura-se socialmente num ambiente de pluralidade onde a versão oficial da história, a “verdade institucional”, é disputada e obriga-se a um procedimento permanente de legitimação democrática, numa arquitetura institucional evidentemente vocacionada para o Estado de Direito. Voltando a este tema, Aguilar afirma que:

“A memória institucional, que normalmente também é a “dominante” no espaço público, pode, em contextos autoritários, se tornar monopolística, graças a repressão as memórias dissidentes ou simplesmente alternativas. No entanto, quando tratamos de regimes democráticos, mesmo que ainda em muitas situações esta possa seguir sendo a dominantes, precisa dividir o espaço público com a pluralidade de memórias sociais que entram em competição com ela.” (*ibidem*: p.58 - tradução livre¹²¹)

Feitas estas extensas delimitações daquilo que entende-se por “direito à memória e à verdade” neste estudo, seu escopo normativo e a sua dinâmica social de efetivação, passa-se a discorrer sobre sua importância para a transição e, posteriormente, sobre sua implementação no contexto brasileiro.

¹²⁰ “Según mi punto de vista, la memoria puede obtener su carácter <<social>> o <<colectivo>> del hecho de ser compartida por los miembros de un grupo, más o menos claramente delimitado, cuyo tamaño puede oscilar entre unidades muy pequeñas, como la familia, y otras mucho mayores, como la nación [...]. Esta memoria, que aquí calificaremos indistintamente de <<colectiva>> o <<social>>, cabe distinguirla de la memoria <<institucional>> u <<oficial>> (aunque no haya necesariamente oposición entre ambas), que es la que más visibilidad adquiere en el espacio público, la que se refleja en los monumentos, en las conmemoraciones, la que es impulsada a través de las políticas de la memoria. Dicha memoria suele ser promovida por los gobiernos (de distintos niveles) o por las cámaras legislativas (estatales o subestatales), pero bien puede haber sido introducida en la agenda política a instancias de agrupaciones sociales de diverso tipo. De esta forma, una memoria que, en principio, pertenecería a los miembros de un determinado grupo [...] puede acabar convirtiéndose en una memoria <<institucional>> si, desde los poderes ejecutivo o legislativo, se decide darle un espaldarazo oficial, recogiendo el espíritu y/o la letra de las reivindicaciones de esos colectivos.”

¹²¹ “La memoria institucional, que suele ser también la <<dominante>> en el espacio público, puede, en contextos autoritarios, llegar a monopolizarlos, gracias a la represión de las memorias disidentes o simplemente alternativas. Sin embargo, cuando hablamos de regimenes democráticos, la memoria institucional, aun cuando en muchas ocasiones pueda continuar siendo la dominante, ha de compartir dicho espacio con la pluralidad de memorias sociales que entran en competición directa con ella.”

Como vimos demonstrando, a magnitude dos processos de justiça transicional é gigantesca, uma vez que não trata-se simplesmente de promover reformas legais em uma ordem política, mas sim de alterar substancialmente os fundamentos de tal ordem, fundamentos estes que não se alicerçam exclusivamente em um ordenamento jurídico, mas também em uma cultura política e num sistema simbólico que se consolida combinando elementos conscientes e inconscientes, cujas raízes remontam a processos de identidade grupais de diversos níveis, estendendo-se, como mostrou Aguilar, desde o plano familiar até o nacional e regional, firmados em processo de configuração e interlaçamento de memórias individuais e coletivas.

Neste contexto de alta complexidade, a simples alteração formal de leis não é suficiente para garantir a consolidação de uma democracia substancial limitada exclusivamente pelas garantias fundamentais originadas dos direitos humanos. É necessária a promoção de uma nova cultura política vocacionada para uma democracia constitucional, que seja capaz de transformar o espólio autoritário e o legado de violações individuais em aprendizados para a democracia, valendo-se tanto das *memórias conscientes* (aquelas que o agente ou grupo sabe possuir, ou seja: “lembra-se”), quanto das *memórias não-conscientes* (aquelas que se acumulam de forma arcaica na experiência de vida do indivíduo ou grupo, transmitidas culturalmente). Esse acúmulo de memórias sociais permite a articulação de narrativas complexas, situadas histórica e politicamente no tempo, que fomentem uma cultura de cidadania, um *sensu comum democrático* que oriente o agir.

É assim que o direito à memória e à verdade satisfaz uma necessidade democrática, qual seja: o avivamento de *memórias sociais plurais* que somem as vivências individuais de violações passadas ao processo reflexivo de superação do legado autoritário e consolidação do Estado Democrático de Direito, fomentando o surgimento de narrativas reflexivas que, ao dialogarem com o autoritarismo, promovam o pluralismo, a democracia e os direitos humanos traduzidos em uma cultura que, por conter este *sensu comum democrático*, repele o autoritarismo, consolidando a democracia desde um ponto de vista prático (e não estritamente formal/jurídico) e possibilitando que os elementos não-conscientes de memória não sejam vinculados com a violência do passado.

Combinam-se, portanto, as mudanças do ordenamento jurídico com um processo historicizante de reflexão sobre as causas de tal mudança, permitindo que a memória das violações impulse a acumulação coletiva de experiências para o aprendizado social, com vistas a transformação desse acúmulo em fortalecimento institucional e em capital político para a manutenção e ampliação do regime democrático almejado pela própria transição, num processo de justiça anamnética¹²².

O “objeto” memória, segundo Ricoeur, pode ser abordado tanto desde uma dimensão cognitiva, quanto desde uma dimensão pragmática, uma vez que *“lembrar-se é não somente acolher, receber uma imagem do passado, como também buscá-la, “fazer” alguma coisa. O verbo “lembrar-se” faz parte do substantivo lembrança. O que esse verbo designa é o fato de que a memória é “exercitada”*” (2007, p.71). O exercício da memória social, num processo transicional, dialogará, deste modo, tanto com as diversas possibilidades de esquecimento, quanto com os diversos modos possíveis de exercício da recordação, orientando-se pragmaticamente para a ação, por exemplo, para a consolidação de uma crítica da violência.

A memória e o esquecimento, operando dialeticamente, possibilitam o estabelecimento de confluências e dissidências narrativas que, ademais de permitirem a constituição de uma “versão histórica” mais plural sobre determinados acontecimentos, influenciam fortemente percepções individuais e sociais de mundo, seguindo com Ricoeur:

“[...] as anotações sobre o esquecimento constituem, em grande parte, um simples anverso daquelas que dizem respeito à memória; lembrar-se é, em grande parte, não esquecer. De outro lado, as manifestações individuais do esquecimento estão inextricavelmente misturadas em suas formas coletivas, a ponto de as experiências mais perturbadoras do esquecimento, como a obsessão, somente desenvolverem seus efeitos mais maléficos na escala das memórias coletivas [...]” (*ibidem*, p.451)

A memória é ao mesmo tempo meio de significação *social e temporal* dos indivíduos, grupos e instituições, e daí sua grande importância na geração do senso comum. Socialmente,

¹²² Segundo Silva Filho & Pistori, *“A negligência para com a injustiça é o que motiva toda uma tradição de pensadores, que vão de Dostoiévsky a Walter Benjamin, de Theodor Adorno a Paul Ricoeur, voltados para a noção de uma justiça anamnética. Uma teoria da justiça que parta da memória da injustiça.”* (SILVA FILHO & PISTORI: 2009, p.122.)

a memória parcialmente compartilhada promove a formação de uma narrativa que inclui diferentes coletivos numa mesma história (familiar, grupal, tribal, institucional, nacional, etc). Temporalmente (aproveitando-se a metáfora de Hannah ARENDT: 2000) torna operacionalmente funcional o elo que liga o passado ao futuro, tensionando e agregando significado ao momento presente, tanto nos planos individuais como nos planos coletivos. Lembrar ou esquecer, individual e/ou coletivamente, implica, portanto, em alterar os elementos que dão significado e sentido ao futuro, uma vez que o que lembramos do passado é fundamental para que possamos refletir sobre quem somos no mundo e onde nos encontramos no tempo. Mais ainda: nossas lembranças configuram nossas percepções sobre o universo ao nosso redor e são determinantes para a orientação de nosso agir, pois a memória (bem como o esquecimento seletivo) contribuem para a formação de nossos juízos mesmo, como já dito, nos planos não-conscientes.

Conforme já asseveramos neste trabalho, considerando o caráter preponderantemente nacional dos processos de transição para a democracia no período mais recente¹²³, os mecanismos de justiça transicional (como a reparação e a promoção da memória), do ponto de vista individual, representam o resgate da dignidade humana maculada durante os períodos de exceção, mas do ponto de vista coletivo representam um acerto de contas da nação violadora de liberdades e direitos com seus cidadãos, por isso a Corte Interamericana considera tais direitos indisponíveis em sua esfera coletiva. mesmo que uma vítima possa, individualmente, abrir mão da reparação que teria direito individualmente, uma sociedade não pode abrir mão da memória de seu passado sem violar individualmente seus cidadãos.

O estabelecimento de processos políticos de “exercitar” e “fazer” memória sobre a repressão tem, a um só tempo, dois grandes impactos. Primeiramente, desenvolvem uma dimensão reparadora da dignidade política das vítimas de violência, que resgatam seu *status* de cidadão ferido pelo arbítrio do poder. Nas palavras de Garapon:

“As vítimas, que foram ignoradas, humilhadas, expulsas do mundo, são de novo dignas de falar... e de ouvir. De

¹²³ Com isso não se quer negar a possibilidade de influência dos efeitos do processo de globalização nos processos de justiça transicional (conforme muito habilmente demonstra por Ruti Teitel), mas sim caracterizar de forma precisa o locus de ocorrência e de concentração de efeitos do próprio processo, sempre fundamentalmente ancorado na ideia de Estado-Nação, que transita de um modelo de Estado não-democrático para um modelo de Estado democrático. Cf.: TEITEL: 2009.

seres sofridos, as vítimas passam também a sujeitos actuantes, deixando assim de serem apenas vítimas. A vida à qual a justiça pode restituí-las não é a vida biológica, mas a vida política, isto é, a que concede um peso legal às palavras de cada indivíduo e interroga todas as pessoas sobre as conseqüências de suas acções. Daí a importância do testemunho, não só para comprovar factos, mas também para fornecer a prova viva de que a palavra das vítimas voltou a ser produtiva e é tida em consideração” (2002, p.139)

Ainda, tais processos possuem, em sua dimensão coletiva, a capacidade de incluir um grande número de reflexões sobre a experiência autoritária e sua superação em uma narrativa nacional em disputa, capitalizando, de modo consciente, o próprio projeto democrático, ampliando-lhe a base de sustentação na medida em que nele introduz noções de democracia nas práticas e percepções cotidianas. Assim, a auto-consciência histórica que se constrói neste processo pode ser replicada, inserindo-se, com o tempo, nas fundações não-conscientes que lastreiam o espaço público, sem com isso cair na “armadilha determinista” apontada por Teitel em citação no início deste item.

Ao lembrar e reparar através de mecanismos de justiça transicional, o Estado sinaliza uma auto-crítica quanto ao abuso perpetrado e consolida uma narrativa (mesmo que tardia) de igualdade perante a lei, oferecendo tratamento jurídico equânime aos cidadãos e reincorporando o legado autoritário as categorias de justiça que o próprio autoritarismo afastou. Esse processo sinaliza, de modo consciente, para um futuro de não-repetição e, ainda, permite aos mais jovens que se socializam numa cultura conscientemente esclarecida do passado e da importância democrática, incorporando os valores construídos na democracia enquanto caracteres culturais permanentes do sistema simbólico da sociedade (sobre este processo social, confira-se HERRERA FLORES: 2009). A consolidação de uma memória social crítica em relação ao passado passa a funcionar como combustível para a defesa de uma cultura democrática, sustentando e legitimando as reformas políticas e jurídicas que permitem o ressurgimento nacional em uma nova configuração política, mesmo se estas novas memórias não tiverem a capacidade de tornarem-se hegemônicas. Este processo de memória das violações em massa praticadas no passado como mecanismo de não repetição é bastante

aludido desde o fim da Segunda Guerra e é fartamente apresentado pela sociedade civil como um argumento contrário a formas de lidar com o passado que predigam o esquecimento¹²⁴.

De outro lado, defendo que o inverso também é verdadeiro: a não apuração de crimes pretéritos, a omissão em relação à tortura, à corrupção e aos mais variados desvios, consolida no imaginário social uma ideia de ausência de Estado de Direito que inviabiliza a estabilização de uma democracia constitucional plena. É assim que surge uma memória social que orienta as percepções individuais num sentido de desconfiar ou da democracia enquanto forma de governo em si, ou da democracia enquanto forma de governo viável, fomentando um *sensu comum anti-democrático* que, justamente por ser senso comum, consolida-se sem que os próprios agentes percebam suas origens arcaicas na cultura e práticas autoritárias.

Ainda mais grave para os processos de democratização é o efeito da negação da memória e da imposição do esquecimento. Se a afirmação da memória como forma de fomento à reflexão crítica sobre acontecimentos passados é um catalizador do processo democrático, sua negação é um obstáculo permanente. Quando a negação do passado ocorre por meios oficiais explícitos – caso da imposição do esquecimento por meio de leis, como tentou-se fazer no Brasil, Argentina e Espanha, entre tantos outros – o resultado torna-se ainda mais grave, pois o próprio Estado passa a, politicamente, ser o fiador da injustiça, mantendo em seu cerne a própria negação do Estado de Direito, uma vez que, nas palavras do Presidente da Comissão de Anistia brasileira, Paulo Abrão, “*Permitir que possíveis acordos políticos afastem a Justiça valoriza a impunidade e sinaliza que em novos rompantes autoritários bastar-se-ia, ao final, realizar um "acordo político" [...]*” (2009). Ao forçar o esquecimento de modo oficioso, afastando a possibilidade de justiça, o Estado inviabiliza-se enquanto Estado de Direito, uma vez que registra na memória social a possibilidade permanente da política elidir o próprio Direito, constituindo um permanente estado de fato, onde quem detém a prerrogativa de conduzir punições não é, portanto, o direito, mas sim o poder.

Ainda, o processo de omissão da verdade e negação da memória produz efeitos nas corporações e instituições instrumentalizadas pelos regimes autoritários para a prática de violações aos direitos humanos, que passam a perceberem-se – graças ao senso comum anti-

¹²⁴ Como muito bem lembra a juíza e ativista democrática Kenarik Felipe, “*Hitler dizia que ninguém se lembrava mais do genocídio de 1,5 milhão de armênios. Assim tivemos o genocídio dos judeus*”. Cf.: FELIPPE (2010)

democrático que se estabelece desde o esquecimento officioso – como imunes ao Direito, uma vez que não só os crimes passados não foram esclarecidos, apurados ou punidos como, igualmente, são causa de orgulho presente para os criminosos (cf.: USTRA, 2006). A tensão que tal descompasso gera, permitindo a criminosos orgulharem-se do ultraje que produziram as vítimas tensiona a sociedade, produzindo aquilo que Brito chama de “*um passado que não vai embora*” (2009, p.56). Uma memória que, conscientemente, gera dor e sofrimento aqueles a ela vinculados e, não-conscientemente, consolida-se numa desconfiança permanente quanto a tudo que ocorre no espaço público e, mais especificamente, numa desconfiança generalizada em relação ao Estado, suas instituições e seus agentes.

Destaque-se, finalmente, que este argumento contrário ao esquecimento não fundamenta-se na assunção pura e simples de uma “verdade das vítimas”, mas sim nos danos da ausência de um processo de questionamento público sobre fatos altamente controversos e que envolvem graves violações aos direitos humanos e ao Estado de Direito. Sempre existirá, num processo de busca da verdade, a possibilidade de que aqueles imputados enquanto violadores assumam posições performáticas como as apontadas no início deste item a partir do estudo de Payne (2008), e isso é legítimo no processo democrático (muitas vezes as vítimas também assumem papéis performáticos, sendo a própria posição de “vítima” uma categoria de ação), o que é inadmissível desde o ponto de vista de um Estado de Direito comprometido com os valores constitucionalistas não é a divergência de posições, mas sim o tratamento assimétrico conferido aos pólos divergentes, que se torna ainda mais grave na medida em que ocorreram violações a direitos fundamentais.

4.3.3. Diagnóstico sobre a memória política e a confiança social nas instituições brasileiras

A recente experiência democrática brasileira tem enfrentado, entre outros desafios, o de garantir a institucionalidade necessária ao desenvolvimento de uma rotina típica de um Estado Democrático de Direito. Historicamente, como demonstrado no capítulo anterior, o país nunca viveu um período tão longo sem discontinuidades na ordem social combinado com o fomento a participação social. Daí ser simples inferir que no Brasil temos uma cultura de pouca afinidade com o Estado de Direito. A essa cultura associam-se a tradição patrimonialista de ocupação e apropriação do Estado para fins pessoais (cf.: FAORO: 2001), a

corrupção e os constantes revezes autoritários. Todo esse contexto contribui para a que a memória social brasileira avalize uma cultura e um senso comum de pouca confiança no Estado e nas instituições.

Um fator a ser exemplificativamente salientado no caso brasileiro é que, diferentemente do que ocorreu em países vizinhos, como a Argentina, que promoveram depurações nos órgãos de segurança (exército e polícia), aqui nada foi feito nesse sentido (PEREIRA: 2005, p.160). Assim, policiais socializados em um senso comum anti-democrático, onde o poder de polícia não conhecia limites, não apenas seguem na ativa como participam da formação de novos policiais. A violência policial no Brasil, hoje, faz um incalculável número de vítimas. Considerando apenas as duas maiores cidades do país, São Paulo e Rio de Janeiro, tem-se que, entre os anos de 2003 e 2009, foram mortas 11.010 pessoas em ações policiais, numa situação denunciada por organismos internacionais como de prováveis “execuções extrajudiciais” em um país que sequer prevê a pena de morte como modalidade punitiva (HUMAN RIGHTS WATCH: 2009, p.22).

Isso traduz-se numa alta taxa de descrédito da instituição policial junto a população. Em pesquisa realizada no ano de 2007, 63% dos entrevistados afirmaram confiar “pouco” ou “nada” na polícia. Na mesma pesquisa, 37% responderam ter medo de ser preso sem uma ordem judicial e 67% manifestaram receio de sofrerem chantagem por parte de agentes públicos da área de segurança¹²⁵.

Ao verificarem-se estatísticas de confiança no regime democrático e nas instituições fundamentais do Estado de Direito, igualmente percebe-se que o imaginário social, orientado por uma memória coletiva que recorda a impunidade, não se traduz em uma boa impressão dos brasileiros em relação a seu Estado.

Temos hoje que 64% dos brasileiros entendem que a democracia é melhor do que qualquer outra forma de governo (ECOSOCIAL: 2007), o que significa que aproximadamente um em cada três brasileiros estaria disposto a viver em um regime autoritário, desde que

¹²⁵ Os dados a seguir foram retirados da pesquisa ECOSOCIAL, levada a cabo no ano de 2007 pela Universidade Católica do Chile, pelo Kellogg Institute da Universidade de Notre Dame (EUA), pelo CIEPLAN (Corporación de Estudios para Lationamerica) e pelo Instituto Fernando Henrique Cardoso, sob os auspícios da União Européia e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Cf.: ECOSOCIAL (2007).

obtivesse vantagens de outras ordens. Sendo nossa democracia implementada por um Estado separado em três poderes, é interessante destacar a baixíssima confiança da população nos mesmos. Confiam “pouco” ou “nada” no Governo (Poder Executivo) 60% dos entrevistados, 61% deram igual resposta quanto questionados sobre os Tribunais de Justiça (Poder Judiciário) e 72% quando questionados sobre o Congresso Nacional (Poder Legislativo) (*ibidem*). Esses indicadores revelam um grau de desconfiança muito elevado, se considerarmos que todos os integrantes do Governo e do Congresso são eleitos regularmente por voto direto a mais de vinte anos, e que o último ministro da Supremo Tribunal Federal indicado pela ditadura deixou o Tribunal em 2003 (cf.: FERNANDES: 2009).

Um outro dado relevante é o que refere-se ao igual tratamento perante a lei. Numa cultura autoritária de caris eminentemente anti-democrático, onde a participação social é amplamente criminalizada, como a das ditaduras militares que governaram a América Latina na segunda metade do Século XX, é razoável esperar que o grosso da população entenda que os direitos devem valer de forma diferente em circunstâncias especiais, como sempre que o governo decretava estado de sítio ou situações de risco a segurança nacional, mas, na democracia, é um dado preocupante encontrarmos que apenas 49% dos brasileiros entendam que “*os direitos das pessoas devem ser respeitados em todas as circunstâncias*”. Entre os sete países pesquisados pelo ECOSOCIAL¹²⁶, o Brasil é aquele que registra o mais baixo indicador de aceitação da universalidade e equidade de direitos.

Ainda no cenário comparativo, o Brasil é o país com a maior proporção de pessoas que afirmam sentirem-se vítimas de preconceito por duas preferências políticas (17%) e aquele que tem o espaço público mais privatizado, com 89% da população afirmando se sentir pouco ou nada segura ao sair às ruas à noite e onde 61% das pessoas se sentem em risco ao protestarem contra autoridades (ficando atrás apenas da Colômbia, onde 71% das pessoas se sentem em risco, e de Peru e Guatemala, com 64%).

O fato das violações de direitos humanos cometidas em nome do Estado durante o regime militar jamais terem sido apuradas e, ainda, ter-se buscado impor a não-apuração e o esquecimento daqueles fatos, certamente guarda relação com esta conjuntura.

¹²⁶ Colômbia, Argentina, Peru, México, Guatemala, Chile e Brasil.

Para que se tenha uma ideia, dos dezesseis países latino-americanos que viveram sob regimes não-democráticos desde a década de 1970, apenas Brasil, República Dominicana, Equador e Nicarágua não tiveram qualquer tipo de comissão oficial destinada exclusiva ou prioritariamente a averiguação do passado. Coincidentemente, quando avaliados por quatro diferentes metodologias de aferição de avanços democráticos, o Brasil apresenta resultados negativos em duas (*Escala de Terror Político do Departamento de Estado Norte-Americano* e *Escala das Liberdades Civis da Freedom House*), níveis semelhantes aos da ditadura em uma (*Escala de Terror Político da Anistia Internacional*) e resultados positivos em outra (*Escala de Direitos Políticos da Freedom House*), sendo esta última aquela mais sensível a alterações institucionais no processo eleitoral (PAYNE; OLSEN & REITER: 2009).

4.3.4. Medidas de efetivação do direito à memória e à verdade no Brasil

As políticas de memórias no Brasil iniciaram com uma louvável ação da sociedade civil, o projeto *Brasil: Nunca Mais*, que muitos pesquisadores, por sua extensão e profundidade, consideram análoga a uma Comissão da Verdade quanto aos resultados documentais, apesar da ausência de chancela estatal e do processo público de oitiva (HERRON-SWEET: 2009). A iniciativa da Arquidiocese de São Paulo analisou mais de um milhão e duzentas mil páginas de documentos e é, até hoje, fonte de pesquisa considerada inesgotável e fonte de obra que tornou-se *best seller* nacional. Inobstate, justamente pelas características não-estatais do trabalho empreendido, não adentrarei em maiores detalhes sobre o mesmo.

No plano estatal, atualmente, verificamos a existência de três grandes projetos de memória levados a cabo pelo Governo Federal que pretendem ampliar o acesso a informações sobre o período autoritário e permitir, desta feita, a incorporação de memória sobre a repressão ao senso comum social, revertendo a estratégica de esquecimento/ficção imposta pelo regime.

A Casa Civil da Presidência da República, por meio do Arquivo Nacional, lançou no ano de 2009 o Centro de Referência das Lutas Políticas do Brasil (projeto Memórias Reveladas), instituindo um centro de referência congregador de toda a documentação oficial

que o Governo Federal possui sobre o período da ditadura militar. Para além da reunião física dos documentos, o projeto inclui a construção de um centro de referência virtual, que congrega informações sobre outros acervos – mais notadamente os acervos estaduais – criando um potente mecanismo de busca de informações. É no bojo deste projeto que foi lançada uma ampla campanha publicitária para que a sociedade entregasse documentos que pudessem contribuir com a reconstrução do período histórico e com a localização dos restos mortais de desaparecidos políticos¹²⁷.

A Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, por sua vez, abriga a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, criada por lei no ano de 1995. No bojo de seus trabalhos estão a localização de restos mortais e o reconhecimento oficial, por parte do Estado, dos assassinatos e desaparecimentos forçados cometidos pela ditadura. Como resultado de seus trabalhos de reconhecimento, em 2007, a Comissão publicou o livro-relatório *Direito à Memória e à Verdade* (BRASIL: 2007). Trata-se do primeiro documento oficial do Estado brasileiro a reconhecer a prática de torturas, assassinatos e desaparecimentos forçados enquanto prática sistemática durante os anos de ditadura e tem como objetivo, nas palavras do Ministro-Chefe da Secretaria e do Presidente da Comissão:

“[...] contribuir para que o Brasil avance na consolidação do respeito aos Direitos Humanos, sem medo de conhecer sua história recente” uma vez que “A violência, que ainda hoje assusta o país como ameaça ao impulso de crescimento e inclusão social em curso deita raízes em nosso passado escravista e paga tributo às duas ditaduras do século 20” (VANNUCHI & BARBOSA: 2007, p.06).

A Lei n.º 9.140/1995, que criou a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos políticos já continha uma listagem oficial de 136 nomes, a qual somaram-se novos 339 após 11 anos de trabalhos (BRASIL: 2007, p.17), e claramente não tinha o condão exclusivo de indenizar os familiares, mas sim cumprir “[...] *um certo papel de juiz histórico ao fazer o resgate da memória e da verdade*”, desmentindo “[...] *versões colidentes como a de inúmeros comunicados farsantes sobre fugas, atropelamentos e suicídios, emitidos naqueles tempos sombrios pelos órgãos de segurança [...]*” (*ibidem*, p.18). Ao resgatar essas histórias a

¹²⁷ Disponível para visualização em: www.memoriasreveladas.arquivonacional.gov.br.

Comissão resgata o Estado de Direito, relegado a um Estado de fato, uma vez que, mesmo sem punir os agentes delinqüentes que cometeram crimes em nome do Estado, reconhece a existência destes crimes, impedindo que aos olhos da sociedade os mesmos se naturalizem enquanto práticas aceitáveis de controle social extra-legal.

Na mesma Secretaria de Direitos Humanos, com o mesmo nome do livro-relatório, mantém-se um projeto que inclui uma exposição fotográfica sobre o período da ditadura que percorre todo o país, bem como é gerida uma política pública de instalação de marcos públicos e obras artísticas alusivos a memória dos mortos e desaparecidos, consolidando na esfera pública a presença da lembrança daqueles que foram mortos pelo Estado de exceção¹²⁸.

Diferentemente da Comissão da lei de 1995, a Comissão de Anistia, criada em 2002, tem atribuição jurídica para reconhecer e reparar todo e qualquer perseguido político brasileiro em um espectro temporal mais amplo, que vai de 1946 à 1988. Com um trabalho originalmente focado exclusivamente na reparação, a Comissão teve suas atribuições ampliadas por portaria ministerial em 2008, passando a igualmente promover dois projetos de memória.

Primeiramente, passou a levar os julgamento dos pedidos de anistia ao local onde ocorreram às perseguições, fato que, nas palavras do Ministro da Justiça, Tarso Genro, “[...] *permite, sobretudo aos mais jovens, conhecer a história e imbuir-se da relevância da defesa do Estado de Direito e das liberdades públicas*” (2009, p.10). Tal projeto, denominado “Caravanas da Anistia”, já foi discutido no item destinado 2 deste capítulo, destinado à reparação¹²⁹.

¹²⁸ Na apresentação do catálogo da exposição encontra-se a seguinte justificativa para o projeto: “*A exposição fotográfica “A ditadura no Brasil” faz parte do projeto “Direito à Memória e à Verdade” da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da república. Concebida originalmente para comemorar os 27 anos da promulgação da Lei de Anistia no Brasil, foi aberta ao público pela primeira vez em agosto de 2006, no corredor de acesso ao plenário da Câmara dos Deputados, em Brasília. Agora [...] ela estará aberta ao público de cinco capitais brasileiras [...]. “Direito à Memória e à Verdade – a ditadura no Brasil – 1964-1985”, é mais uma forma de conhecer o que aconteceu nesse lamentável período da vida republicana brasileira. Só de posse desse conhecimento o país saberá construir instrumentos eficazes para garantir que essas violações aos direitos humanos não se repitam nunca mais*”. (VANNUCHI: 2006.)

¹²⁹ Para melhor conhecer pormenorizadamente o processo de implementação das Caravanas nas suas primeiras 30 edições, consulte-se o trabalho de autoria de Paulo Abrão, Flávia Carlet e outros (ABRÃO *el alli*: 2009-B).

Em segundo lugar, passou a trabalhar o acervo de requerimentos, composto por quase 70 mil dossiês que relatam de forma documentada o funcionamento do aparato repressivo no Brasil. O arquivo da Comissão passará a compor o Memorial da Anistia Política do Brasil, um centro de memória política que relatará a história da ditadura militar desde a perspectiva dos que foram perseguidos, valendo-se da riqueza ímpar de um acervo que reúne documentos oficiais de todas as fontes disponíveis com extensos relatos – em texto, som e imagem – das próprias vítimas, cumprindo papel semelhante ao acima referido, na transcrição do livro-relatório Direito à Memória e à Verdade, de desmentir documentos falseados e permitir o conhecimento de fatos negados e ocultados pela repressão¹³⁰.

Apesar de todos estes esforços, incluídos na classificação deste estudo na seara da “memória”, no escopo daquilo que definimos como “direito à verdade” o Brasil ainda tem severas pendências por sanar. Restam excluídos do acesso público três importantes conjuntos de arquivos, alegadamente destruídos: o arquivo do CISA (Centro de Informações de Segurança da Aeronáutica); o arquivo do CIE (Centro de Informações do Exército) e; o arquivo do CENIMAR (Centro de Informações da Marinha). Para que sejam identificadas e tornadas públicas as estruturas utilizadas para a prática de violações aos direitos humanos, suas ramificações nos diversos aparelhos de Estado e em outras instâncias da sociedade, e sejam discriminadas as práticas de tortura, morte e desaparecimento, a localização destes arquivos -- que fortes indícios apontam estarem nas mãos de particulares -- ainda é fundamental.

Inobstante essa ausência, é inegável o avanço do direito à memória e à verdade no Brasil nos últimos anos. O grande conjunto de ações transicionais em curso no país viabilizou, em 2009, no estabelecimento de um eixo “Direito à Memória e à Verdade” na terceira edição do Programa Nacional de Direitos Humanos, lançado no ano de 2009 (BRASIL: 2009).

Referido eixo possui três diretrizes:

- I. Reconhecimento da memória e da verdade como Direito Humano da cidadania e dever do Estado (*ibidem*: diretriz 23).

¹³⁰ Uma ampla descrição do Memorial da Anistia pode ser obtida em SILVA FILHO & PISTORI: 2009.

- II. Preservação da memória histórica e a construção pública da verdade (*ibiden*: diretriz 24).
- III. Modernização da legislação relacionada com a promoção do direito à memória e à verdade, fortalecendo a democracia (*ibiden*: diretriz 25).

Cada uma das três diretrizes enseja um objetivo estratégico:

- I. Promover a apuração e o esclarecimento público das violações de Direitos Humanos praticados no contexto da repressão política ocorrida no Brasil no período fixado pelo artigo 8º do ADCT da Constituição Federal, a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional (*ibiden*: diretriz 23, objetivo estratégico I).
- II. Incentivar iniciativas de preservação da memória histórica e de construção pública da verdade sobre períodos autoritários (*ibiden*: diretriz 24, objetivo estratégico I).
- III. Suprimir do ordenamento jurídico brasileiro eventuais normas remanescentes de períodos de exceção que afrontem os compromissos internacionais e os preceitos constitucionais sobre Direitos Humanos (*ibiden*: diretriz 25, objetivo estratégico I).

A implementação das diretrizes desdobra-se em onze ações programáticas, a serem implementadas por um conjunto de atores governamentais, com especial ênfase à Casa Civil da Presidência da República, à Secretaria Especial de Direitos Humanos, o Ministério da Justiça, o Ministério da Cultura, o Ministério da Educação e o Ministério da Ciência e Tecnologia. De todas as onze ações, duas possuem grande impacto social para a memória consciente e não-consciente do período ditatorial, servindo de modo privilegiado para ilustrar avanços que poderão ser empreendidos caso o programa efetivamente ganhe concretude.

A ação ‘c’ da diretriz 25, por exemplo, trata de “*proponer legislación de abrangência nacional proibindo que logradouros, atos e próprios nacionais e prédios públicos recebam nomes de pessoas que praticaram crimes de lesa-humanidade, bem como determinar a alteração de nomes que já tenham sido atribuídos*”. A medida, análoga a da Lei da Memória Histórica Espanhola (REINO DA ESPANHA: 2007), objetiva afastar da iconografia urbana

referências elogiosas à criminosos e regimes repressivos, desautorizando o cultivo de ideologias autoritárias, numa clara tentativa de disputa da memória oficial sobre o período, com a negação de chancela democrática àqueles considerados criminosos contra a humanidade. A lei espanhola de 2007, apesar de suscitar grande polêmica, foi implementada, tendo-se removido a última estátua do General Franco que restava exposta ao público em território espanhol em 18 de dezembro de 2008, 33 anos após a morte do ditador e o início do processo de redemocratização.

No Brasil, o grande número de referências públicas elogiosas aos ditadores militares promove uma naturalização do autoritarismo. Em praticamente qualquer cidade do país é possível identificar homenagens a agentes locais e nacionais das forças de repressão e, ainda mais, um grande número de aparelhos urbanos e de infra-estrutura seguem exibindo nomes de agentes públicos que cometeram ou foram complacentes com graves violações aos direitos humanos. O reflexo dessa naturalização pode facilmente ser percebido numa consulta a livros escolares, que, em muitas situações, seguem tratando os ditadores civis e militares do país como presidentes. O Plano Nacional de Direitos Humanos procura, neste sentido, valer-se do direito à memória para desafiar a memória oficial do período. Este exemplo é excelente para ilustrar a articulação prática do direito à memória, uma vez que, como referido no início deste item, a previsão normativa vaga de garantir o direito à construção de narrativas alternativas àquela da memória oficial ganha força, levando seus agentes a contestarem, na arena democrática, a memória oficial, num saudável processo de releitura democrática do passado (perceba-se: um releitura, e não uma re-escrita, pois não questionam-se os fatos, apenas sua interpretação desde o viés democrático).

A outra ação que pode produzir grande impacto no exercício e produção de memória e verdade e, conseqüentemente, de um senso comum democrático, é aquela que estabelece os caracteres iniciais para a criação de uma Comissão da Verdade no Brasil.

As Comissões de Verdade vêm sendo amplamente utilizadas como meio de equacionamento entre a necessidade de esclarecimento de fatos históricos (“direito à verdade”), construção de novas narrativas sociais autorizadas (“direito à memória”) e enfrentamento as contingências políticas dos processos transicionais, onde muitas vezes os partidários do regime autoritário seguem detendo parcelas significativas do poder após a

democratização, impedindo a utilização de mecanismos mais efetivos de prestação de contas, tal qual a justiça penal. Nestes contextos, torna-se impossível ou, pelo menos, muito difícil a responsabilização de agentes que perpetraram crimes, mas a identificação e o esclarecimento dos fatos com a produção de uma nova “verdade” com chancela de oficial, que poderá ou não tornar-se hegemônica com o tempo, permitem à sociedade conhecer os meandros do regime opressor, ganhar autoconsciência e prevenir-se contra futuros arroubos autoritários, revertendo o processo naturalização da violência e invisibilização das vítimas que as atrocidades em massa produzem. Nas palavras de Paul Van Zyl:

“As comissões de verdade dão voz no espaço público às vítimas e seus testemunhos podem contribuir para contestar as mentiras oficiais e os mitos relacionados às violações dos direitos humanos. O testemunho das vítimas na África do Sul tornou impossível negar que a tortura era tolerada oficialmente e que se deu de forma estendida e sistemática. As comissões do Chile e da Argentina refutaram a mentira segundo a qual os opositores ao regime militar tinham fugido desses países ou se escondido, e conseguiram estabelecer que os opositores “desapareceram” e foram assassinados por membros das forças militares em desenvolvimento de uma política oficial. Das voz oficial às vítimas também pode ajudar a reduzir seus sentimentos de indignação e raiva. [...] o fato de se reconhecer oficialmente o sofrimento das vítimas melhorará as possibilidades de confrontar os fatos históricos de maneira construtiva.” (VAN ZYL: 2009, p. 36)

As diretrizes do PNDH-3 indicaram a prévia constituição de um grupo de autoridades para a formulação em profundidade de uma proposta de modelo de Comissão, incluindo neste grupo de trabalho representantes de diversos ministérios, entre eles o da Defesa, e já estabelece de plano a necessidade de que a futura Comissão seja “*composta de forma plural e suprapartidária, com mandato e prazos definidos*” (BRASIL: 2009, diretriz 23, ação programática ‘a’). Ainda, a proposta inserida no plano de longo prazo para a área de direitos humanos prevê a interação da nova Comissão com todas àquelas outras comissões e órgãos cujas temáticas de atuação sejam similares e que já existem no país, caso do Arquivo Nacional (que detém a guarda de significativa parcela dos documentos do período), a Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República e outras.

Em abril de 2010, o Grupo de Trabalho finalizou suas atividades e a Casa Civil da Presidência da República encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei 7.376/2010. Considerando o texto do PL do governo podemos sistematizar a estrutura da futura Comissão de Verdade brasileira conforme o quadro abaixo:

QUADRO 08: Desenho institucional da Comissão da Verdade brasileira (PL n.º 7.376/2010)

Desenho institucional da Comissão da Verdade (PL n.º 7.376/2010)	
Objetivos da Comissão	<ul style="list-style-type: none"> ● Examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas entre 1946 e 1988; ● Produzir relatório final.
Número de membros	● 07, designados pelo Presidente da República
Duração do mandato dos Membros	● Para todo o processo, que termina com a publicação do relatório
Mandato da Comissão	<ul style="list-style-type: none"> ● Esclarecer os fatos e as circunstâncias dos casos de graves violações de direitos humanos ocorridas no Brasil entre 1946 e 1988; ● Promover o esclarecimento circunstanciado dos casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua autoria, ainda que ocorridos no exterior; ● Identificar e tornar público as estruturas, os locais, as instituições e as circunstâncias relacionados à prática de violações de direitos humanos, suas eventuais ramificações nos diversos aparelhos estatais e na sociedade; ● Encaminhar aos órgãos públicos competentes toda e qualquer informação obtida que possa auxiliar na localização e identificação de corpos e restos mortais de desaparecidos políticos; ● Colaborar com todas as instâncias do Poder Público para apuração de violação de direitos humanos; ● Recomendar a adoção de medidas e políticas públicas para prevenir violação de direitos humanos, assegurar sua não repetição e promover a efetiva reconciliação nacional; e ● Promover, com base nos informes obtidos, a reconstrução da história dos casos de grave violação de direitos humanos, bem como colaborar para que seja prestada assistência às vítimas de tais violações.

Poderes e Faculdades da Comissão	<ul style="list-style-type: none"> ● Receber testemunhos, informações, dados e documentos que lhe forem encaminhados voluntariamente, assegurada a não identificação do detentor ou depoente, quando solicitado; ● Requisitar informações, dados e documentos de órgãos e entidades do Poder Público, ainda que classificados em qualquer grau de sigilo; ● Convocar, para entrevistas ou testemunho, pessoas que guardem qualquer relação com os fatos e circunstâncias examinados; ● Determinar a realização de perícias e diligências para coleta ou recuperação de informações, documentos e dados; ● Promover audiências públicas; ● Requisitar proteção aos órgãos públicos para qualquer pessoa que se encontre em situação de ameaça, em razão de sua colaboração com a Comissão Nacional da Verdade; ● Promover parcerias com órgãos e entidades, públicos ou privados, nacionais ou internacionais, para o intercâmbio de informações, dados e documentos; e ● Requisitar o auxílio de entidades e órgãos públicos.
Duração da Comissão	● 02 anos
Fonte: PL n.º 7.376/2010.	

A investigação a ser promovida pela Comissão da Verdade poderá ser o caminho do Estado brasileiro para a localização de um conjunto de arquivos até então indisponíveis e, ainda, um espaço social privilegiado para a construção de uma nova narrativa social concorrente com a memória institucional legada pela repressão e com suficiente legitimidade para desafiar-la em termos efetivos. O processo, inobstante, deve enfrentar um desafio até então pouco ponderado: o que motivará os perpetradores a cooperarem? Em processos como o Sul Africano, a anistia fora uma moeda de troca eficiente. No caso brasileiro, sem a cooperação efetiva dos agentes que atuaram para a repressão, o esforço da Comissão da Verdade poderá, conclusivamente, promover grandes avanços no direito à memória sem efetivamente contribuir para a ampliação do direito à verdade.

4.3.5. Conclusões e prognósticos

Como fecho a este longo item, concluo que as políticas para memória, numa transição política, podem contribuir de modo decisivo para a constituição de um senso comum democrático em substituição ao arcabouço de valores autoritários introjetados na sociedade

pela prolongada vivência em regimes opressivos. Neste sentido, políticas de acesso à verdade e de fomento a reflexão crítica sobre o passado tornam-se mecanismos de produção de memória social voltada para a cidadania, permitindo a desnaturalização da violência e a gradativa incorporação de percepções e práticas democráticas em todo o tecido social.

O movimento de democratização, especialmente em contextos onde a via eleitoral foi priorizada em relação a outras formas de produção da democracia, precisa de constante fomento para que possa efetivamente atingir a inteireza do aparelho estatal, penetrando, inclusive, nas instituições fortemente aparelhadas pela repressão, como o exército, a polícia e mesmo em alguns casos – como o brasileiro – o Poder Judiciário. A implementação de políticas de memória contribui neste sentido.

O cenário brasileiro caracteriza-se, até o presente momento, por contar apenas com políticas focais de memória, capazes de mobilizar apenas os setores sociais diretamente conectados com as violações de direitos humanos ou com a defesa sistemática destes mesmos direitos. Os avanços recentes, especialmente os da segunda metade da década dos anos 2000, com diversos órgãos de governo promovendo ações com públicos focais distintos – como estudantes – tende a ampliar a base de legitimação democrática e fortalecer mecanismos de resistência ao autoritarismo, além de fomentar uma cultura cívica de maior densidade, capaz de naturalizar um novo senso comum democrático.

O direito à memória e à verdade hoje possui sua dimensão normativa mínima assegurada internacionalmente, tanto pela aplicação do costume internacional como por farta jurisprudência, e, com a leitura combinada de dispositivos constitucionais e programas de área, como o PNDH-3, também encontra respaldo suficiente no ordenamento jurídico interno. Como asseveramos, a efetivação deste tipo de direito, de toda sorte, é muito mais potente e efetiva quanto a ação política amplia sua base. Os projetos em andamento no Governo Federal, bem como importantes iniciativas locais que não foram aqui escrutinadas (cf.: ARAUJO & BRUNO (orgs.): 2009; ARAUJO, NEVES & MENESES: 2010) ampliam fortemente a medida de efetividade do direito à memória. O direito à verdade, por outro lado, ainda encontra-se com um grau de desenvolvimento muito baixo, especialmente no que diz respeito ao acesso as fontes oficiais de informações.

Um elemento recente e importantíssimo que sinaliza o amplo reconhecimento institucional a existência de um direito à memória e à verdade no Brasil foi a criação, em setembro de 2010, pela Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, parte integrante da Procuradoria da República, de um Grupo de Trabalho sobre tal direito, com o claro objetivo de *“promover o debate e criar metas de atuação coordenada dos Membros do Ministério Público Federal, no que se refere à importância da apuração da verdade na justiça de transição, na redescoberta do passado e na adoção de mecanismos capazes de ouvir as vozes das vítimas”*, atuando em quatro diferentes áreas: *“(1) Direito à verdade, inclusive localização de restos mortais e acesso às informações mantidas sob sigilo público ou privado; (2) Responsabilização civil de perpetradores de graves violações aos direitos humanos; (3) Reparação coletiva e imaterial de danos; e (4) Reforma dos aparatos de segurança”*¹³¹. As áreas de atuação alargadas da temática estrita do direito à memória e à verdade reforçam um dos argumentos conclusivos deste estudo, que aqui adianto: os eixos da reparação e da memória e verdade são os mais desenvolvidos e estruturantes do processo de justiça transicional brasileiro. A efetivação dos processos de reparação, na medida em que as comissões a este fim destinadas revelaram e produziram verdade e memória, primeiramente tornou possível a própria consolidação do ideário da memória e verdade (nunca sendo demais destacar que o livro relatório homônimo ao direito ser produto do trabalho de uma comissão de reparação) e, ainda, foi um dos principais catalisadores pelo despertar social para o problema da justiça. É neste contexto que, no Brasil, a prática transicional costuma depositar na “memória e verdade” muito mais do que a simples busca de informações oficiais e estabelecimento de narrativas, mas também um conjunto de outros objetivos, como a responsabilização civil de agentes da repressão.

A implementação de uma Comissão da Verdade poderá ser o passo decisivo para a plena efetivação do direito à verdade e para a elevação do direito à memória a um patamar de consolidação ainda mais amplo. De toda sorte, os avanços até aqui detectados permitem afirmar, com relativa segurança, que as prescrições normativas mínimas do direito à memória e à verdade tem sido observadas no Brasil, mesmo com a convivência de tal direito com a estratégia de esquecimento e ficção herdada do regime militar, em mais um desdobramento do paradoxo da vitória de todos gerado pela anistia de 1979, que vincula semântica e

¹³¹ Todas as informações entre aspas são do site oficial da PFDC: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/institucional/grupos-de-trabalho/direito-a-memoria-e-a-verdade/apresentacao>

culturalmente o debate sobre a justiça de transição brasileira. Mais ainda, do ponto de vista teleológico, afastada a necessidade de satisfação de direitos individuais, o objetivo social último do direito à memória e à verdade é a pluralização social com a abertura de debates a um só tempo fundamentais e críticos para a democracia em consolidação. Neste sentido, os avanços verificados mostram uma ampliação da agenda política nacional entorno da temática transicional, o fortalecimento de atores e, ainda, a incorporação de novos agentes sociais ao grupo de reivindicação de novas medidas coisa que, de si, já denota amadurecimento e consolidação democrática material.

4.4. Justiça impossível: a lei de anistia e as limitações pré-constitucionais ao Estado Constitucional de Direito

Conforme procurei demonstrar na primeira parte deste estudo, as constituições latino-americanas pós-autoritárias são produto de um tipo muito específico de transição para a democracia, originadas num contexto de superação gradual do processo de bipolarismo da Guerra Fria. Escritas em ambientes de retomada onde a própria consolidação da democracia insurgente era incerta, as novas constituições do continente conviveram, num curto lapso de tempo histórico, com os dois mecanismos-chave usados para as transições do período e que, por excelência, definem o *modus operandi* das transições por transformação da terceira onda: as anistias e as eleições.

As novas constituições, bem como as novas práticas delas decorrentes, organizaram-se dentro do paradigma constitucional oriundo da reorganização do ocidente pós-II Guerra, encorpando um movimento denominado genericamente de “neoconstitucionalista” ou mesmo, simplesmente, de “constitucionalista”. Conforme já apontado no segundo capítulo deste estudo, tal movimento tem como marco histórico a consolidação da ideia de um Estado de Direito que absorve os valores da democracia e dos direitos humanos, definindo o conceito de “Estado Constitucional de Direito”; como marco filosófico o pós-positivismo e a reinserção dos valores no sistema de direitos e, ainda; como marco teórico, a ideia de que a constituição possui força normativa e, desta feita, existe uma seara singular da dogmática e da interpretação jurídica que consolida-se num campo próprio de estudo e, especialmente, em uma jurisdição própria, no caso, a jurisdição constitucional (cf.: BARROSO: 2007, p.20). Se

uma das principais características das transições será a utilização de mecanismos de poder, de fato ou majoritário, para promover mudanças políticas e jurídicas, uma das principais características do movimento constitucionalista será radicalmente inversa: *usar as cortes e o poder, de direito e contra-majoritário, para a tutela dos direitos humanos e fundamentais.*

4.4.1. O Poder Judiciário e as cortes constitucionais nas transições políticas

Neste contexto de ganho de importância da Constituição no cenário político-jurídico, ocorrerá um redimensionamento do papel do Poder Judiciário, que passará a ser o lócus do controle de constitucionalidade, consolidando na região o modelo norte-americano de “*judicial review*” que gradualmente e em diferentes medidas vem sendo inserido em quase todas as democracias modernas. Esse contexto “constitucionalista” será fundamental para o funcionamento das novas democracias, mas, ao mesmo tempo, desafiador para os mecanismos transicionais elegidos, uma vez que no novo modelo em construção toda matéria passa a ser suscetível a controle de constitucionalidade segundo parâmetros de direito, transferindo-se um conjunto de tensões do mundo político para o jurídico e vice-versa (cf.: NEVES: 2007). Em sua introdução a importante obra sobre o tema Gloppen, Gargarella e Skaar bem definem o papel que estas novas cortes passarão a ocupar no processo de consolidação democrática:

“As Cortes [constitucionais] são importantes para o funcionamento e a consolidação dos regimes democráticos. Elas facilitam o governo civil contribuindo com o Estado de Direito e criando uma ambiente conducente ao desenvolvimento econômico. Ainda desempenham um papel chave no que diz respeito a tornar os detentores do poder responsáveis ante as regras do jogo democrático e na garantia e proteção dos direitos humanos conforme estabelecidos na constituição, em convenções e nas leis. Essas são premissas centrais na teoria democrática contemporânea – e pressupostos destacados nas reformas políticas ao redor de todo o mundo.” (2004: p.01 - tradução livre¹³²)

¹³² “Courts are important for the working and consolidation of democratic regimes. They facilitate civil government by contributing to the rule of law and by creating an environment conducive to economic growth. They also have a key role to play with regard to making power-holders accountable to the democratic rules of the game, and ensuring the protection of human rights as established in constitutions, conventions and laws. These are central premises in contemporary democratic theory -- assumptions that underline political reform efforts throughout the world.”

Os temas da transição, assim, serão submetidos as cortes, e a bibliografia sobre a questão apresenta variadas visões sobre o desenvolvimento subsequente. Autores como Shapiro, comparando a história constitucional norte-americana e europeia com as perspectivas latino americanas mostra-se reticente quanto a possibilidade de avanços reais por parte de cortes em consolidação (2004: pp. 05-18), outros, como Couso, adotarão uma postura de viés realista, ao afirmar que o processo necessariamente conduzirá a uma politização do judiciário e que, nestes termos, será o próprio desenvolvimento democrático que informará a qualidade da atuação das cortes (2010) ainda, outros incluirão as cortes regionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, como atores que influenciarão as cortes constitucionais nacionais, positiva ou negativamente, tanto no que concerne ao conteúdo das decisões, quanto no próprio desenvolvimento de jurisprudências sobre a aceitação da jurisdição de cortes internacionais (HUNEEUS: 2010). O fato central é que, com o advento da constitucionalização, o papel do judiciário se altera, sendo ele inserido no processo político-democrático como mais um ator com poder de gestão em questões transicionais, mais notadamente daquela que para muitos é a questão chave da justiça de transição, qual seja: o processamento dos crimes de Estado (cf.: SANTIAGO NINO: 1996).

O argumento de Couso explicitamente refere a questão da judicialização da política como um dos fatores que determinam o maior ou menor protagonismo judicial, porém, de modo geral, todos os argumentos sobre o tema consideram este fator em alguma medida. O é assim pois as demandas transicionais transitam entre as fronteiras de direito e política, sendo o estabelecimento de um Estado de Direito, em si, um *objetivo político com reflexos jurídicos*, de tal feita que primeiramente as cortes necessitam aderir a este objetivo para, apenas então, servirem como agentes de mediação do processo político autorizado pelo próprio Direito. O processo histórico que conduz ao fortalecimento do *judicial review* em todo o mundo, bem como da própria consolidação do ideário constitucionalista é, portanto, altamente multi-causal, sendo referidos movimentos resultado desta equação de muitas variáveis. Apenas exemplificativamente, apresento aqui a análise de Castro sobre as razões da judicialização da política e do conseqüente fortalecimento judicial:

“A judicialização da política é, portanto, um fenômeno observado de comportamento institucional, que tem essas duas características [“ativismo judicial” e busca por

parâmetros jurídicos para decisão]. Tal "expansão" do poder das cortes judiciais, segundo a caracterização de Vallinder, seria o resultado de diversas características do desenvolvimento histórico de instituições nacionais e internacionais e de renovação conceitual em disciplinas acadêmicas. Assim, a reação democrática em favor da proteção de direitos e contra as práticas populistas e totalitárias da II Guerra Mundial na Europa, que deu origem, por exemplo, à adoção de uma ampla carta de direitos na *Grundgesetz* alemã; a preocupação das esquerdas com a defesa de "direitos" contra "oligopolistas e oligarcas", como no caso do trabalhismo inglês (anos 50) ou sueco (anos 70); o resgate intelectual e acadêmico de teorias de "direitos liberais", presente em autores como Kant, Locke, Rawls e Dworkin e o concomitante desprestígio de autores como Hume e Bentham; à influência da atuação da Suprema Corte americana (especialmente a chamada Warren Court, nos anos 50-60); a tradição europeia (kelseniana) de controle da constitucionalidade das leis; os esforços de organizações internacionais de proteção de direitos humanos, sobretudo a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948 - todos esses fatores, segundo Vallinder (1995), contribuíram para o desenvolvimento da judicialização da política. Acrescente-se, ainda, como outro fator determinante da judicialização da política, o declínio da eficácia da política macroeconômica a partir do final dos anos 60." (CASTRO, 1997).

Ribas e Da Silva, discutindo as obras de Ernani Rodrigues de Carvalho, Tate e Valinder, apontam a existência de pelo “*seis condições para o surgimento e a consolidação da judicialização da política*”:

“[...] a existência de um sistema político democrático, a separação dos poderes, o exercício dos direitos políticos, o uso dos tribunais pelos grupos de interesse, o uso dos tribunais pela oposição e, por último, a inefetividade das instituições majoritárias.” (RIBAS VIEIRA & DA SILVA: 2009, p. 254)

Assim, temos mais uma vez elementos para constatar algo que já era indicado no capítulo dois deste trabalho: *os processos genealógicos do constitucionalismo e da justiça de transição deitam raízes comuns, originando-se nos esforços de reconstrução do pós-guerras*. A repolitização da justiça no período pós-positivista torna as cortes constitucionais mais

afeitas a atuarem quando da inação do Legislativo e do Executivo na promoção de medidas transicionais que garantam a mais ampla restauração do Estado de Direito. A ausência dos poderes “eleitos” nestas matérias pode ter muitas razões, mas geralmente a principal, novamente em função do tipo de transição por transformação, é a necessidade de agentes políticos manterem pactos que os sustentam ou permitiram ascender ao poder, de tal modo que a opção dos poderes eleitos por não promover determinadas medidas (ou promover outras), em muitos casos guarda relação com uma dimensão eminentemente política e, neste sentido, cabe as novas cortes constitucionais, independentes dos demais poderes, verificar os casos e estabelecer as condições necessárias para que acordos políticos sejam legítimos ante à Constituição, considerando os princípios democráticos e de proteção contra-majoritária que a norteiam (o caso Argentino, que será cotejado adiante, é basilar neste aspecto).

Das duas medidas mais comuns ao período de transições em que o caso brasileiro se insere, a promoção de eleições aparentemente é a menos conflitiva. Em matéria eleitoral, geralmente, o protagonismo maior é do Parlamento por excelência, uma vez que este “define as regras do jogo”, e o controle sobre a produção desta regras é pontual. A questão de maior envergadura a se impor aos tribunais quanto a inserção de eleições, em regra, é o processo de veto a agentes do antigo regime, que, de toda sorte, foi muito mais comum nos países europeus após o nazismo e o fim do bloco soviético (SCHWARTZ: 2002) do que aos países latino-americanos.

Inobstante, a questão das anistias suscitou e segue suscitando enorme polêmica. A relação entre as leis de anistia e o direito internacional, comparado e constitucional é foco de um sem fim de polêmicas. Os termos como os tribunais internacionais lêem e avalizam leis de anistia já foram aqui discutidos e fartamente referidos (1.3.3), não cabendo repisar esta análise, mas como o constitucionalismo se aproxima deste fenômeno?

As leis de anistia, na classificação de Mallinder, podem produzir “*anistias para a liberdade*” e “*anistias para a impunidade*” (2010). Essa classificação, em determinada medida, coincide com aquilo que a jurisprudência internacional aceita como legítimo em foro de concessão de anistia: são válidas as que perdoam crimes comuns em processos de paz (anistias próprias), ou, ainda, as que reconhecem a não-criminalidade de determinados atos que o estado perseguiu (anistias impróprias). Essas seriam as “anistias para a liberdade”.

Diferem, portanto, de mecanismos de anistia que visam a impunidade, ou seja, a ocultação de delitos e a isenção de responsabilidade por violações que, formalmente, não seriam anistiáveis.

A abordagem do direito constitucional para o tema, genericamente falando, será muito próxima, na medida em que nenhuma constituição do período, materialmente, deixa de albergar a proteção aos direitos individuais (notadamente: humanos e fundamentais), bem como ao princípio democrático. O princípio democrático determinará o procedimento para a concessão de uma anistia legítima, já os direitos humanos e fundamentais limitarão a validade das anistias, na medida em que restringem seu âmbito de aplicação. Mesmo uma anistia democraticamente válida não pode ferir aos direitos fundamentais das vítimas dos crimes que se entende perdoar, se o fizer, estará sujeita a nulidade por uma corte constitucional, num exemplo típico de uso da premissa contra-majoritária para a proteção dos direitos fundamentais.

Se na teoria a questão se resolve com facilidade, na prática inúmeros outros problemas surgem. Primeiramente, a questão da temporalidade e do esgotamento de efeitos das anistias (que podem ser anteriores à constituição); em segundo lugar, a própria medida de continuidade entre o ordenamento de exceção, no nosso caso, o do regime militar, e o do Estado de Direito, uma vez que a solução desta questão cria hiatos ou continuidades legais a serem enfrentadas pelos tribunais e, finalmente; a atuação política dos tribunais os coloca em uma situação peculiar, na medida em que, ao julgarem a validade de uma anistia, passam a incidir em território tipicamente legislativo, este tipo de demanda desafia a própria capacidade dos tribunais em exercerem o controle de constitucionalidade de forma independente, sendo, portanto, mais efetivos em sua função aqueles tribunais mais sólidos institucionalmente. Desse conjunto de fatores é que se extraem as afirmações de que o julgamento da constitucionalidade das leis de anistia nos permitem avaliar os compromissos democráticos assumidos pelas cortes constitucionais com o Estado de Direito e, ainda, que esses julgamentos só podem ser bem sucedidos quando as cortes estiverem suficientemente seguras e firmes em suas atribuições (inclusive e especialmente as contra-majoritárias) num regime democrático.

O caso argentino nos fornece um bom exemplo de funcionamento das cortes constitucionais e sua relação com demais poderes em matéria de anistias na América Latina. Após a ditadura militar de 1976-1983, a Argentina aprovou, em 1983, a lei de anistia n.º 22.294, anulada no mesmo ano após a posse do governo democrático de Raúl Alfonsín, por meio da lei n.º 23.040. Em 1985 os tribunais ordinários iniciaram julgamentos por crimes relacionados a violações de direitos humanos, confirmados pela Suprema Corte em 1986. O Procurador da República no Brasil, Ivan Cláudio Marx, nos aponta em seu estudo comparado entre Brasil e Argentina que:

“A partir desse momento, tendo em vista a pressão exercida pelas forças armadas, surgiram as tentativas de, por meios legislativos, impedir tais julgamentos. Primeiramente, surgiu a Lei 23.492, de 24 de dezembro de 1986, denominada “*Punto Final*”, seguida da Lei 23.521, de 8 de junho de 1987, chamada de “*Obediencia Debida*”. A primeira restringia novas reclamações a respeito de crimes cometidos durante a ditadura a um período de 60 dias. A segunda funcionou como anistia aos militares de posição intermediária, que teriam obrado em virtude de obediência devida. Depois disso, ampliando a impunidade, o presidente Carlos Menem, por meio dos decretos de 6 de outubro de 1989 e 29 de dezembro de 1990, indultou os oficiais que haviam sido excluídos dos benefícios da lei de *Obediencia Debida*.” (MARX: 2009, p.311 - grifos no original))

Ressalta-se que os procedimentos adotados visando a impunidade na Argentina deram-se por meio democráticos, tanto no que diz respeito aos atos do Poder Legislativo, quanto aos do Poder Executivo. Inobstante, entre 1995 e 1998, várias decisões judiciais começaram a erodir a eficácia das leis. No caso “Priebke” (extradição demandada pela Itália), por exemplo, a Corte Suprema reconheceu que crimes contra a humanidade eram imprescritíveis, depois, de modo próprio:

“As leis de *Punto Final* e de *Obediencia Debida* foram derogadas (sem retroatividade) por meio da Lei 24.952 (1998), e depois tiveram declarada sua nulidade pela Lei 25.770, em 2003. Além disso, no *Fallo* “Simón”, de 14 de junho de 2005, **as leis de Punto Final e Obediencia Debida tiveram sua inconstitucionalidade declarada**

pela Corte Suprema.” (*ibidem*: p.312 - grifos no original, negrito meu)

Igualmente, no Uruguai a Corte Suprema considerou inconstitucional diploma de impunidade as vésperas de plebiscito que o referendaria, destacando o cumprimento de seu papel contra-majoritário de defesa das garantias fundamentais, num debate que se desenrola em meio a grande controvérsia política até o presente momento.

No Brasil, a anistia de 1979 foi inserida num contexto de ausência democrática (não retomarei aqui o processo já descrito no item 3.3), não cabendo questionar especificamente – pelo menos não a priori – a possibilidade de uma ação contra-majoritária questionando a medida de impunidade, uma vez que esta não fora uma decisão majoritária, mas sim uma orquestração política do regime. Porém, tal anistia foi afirmada pelo regime como um “pacto” rumo a democracia. Esse suposto “pacto”, firmando entre aqueles que o regime escolheu para este fim específico, enfrenta os mesmos problemas constitucionais que a anistia argentina e a uruguaia quanto a sua validade contra os direitos humanos, porém enseja uma problemática adicional que a anistia argentina não enfrentou: ao ser imposta fora do cenário democrático e, ainda, com pretensão de gerar efeitos futuros, a anistia brasileira configurou-se numa espécie de *limitação apriorística* do regime militar ao Estado de Direito futuro, na medida em que impôs-se para além do próprio Poder Constituinte, limitando não apenas a feitura da nova Constituição, como também sua futura interpretação pela própria corte constitucional.

A gênese desta limitação apriorística à Constituição e a sua capacidade de produzir efeitos (leia-se: *concretizar-se*) surge em 1979, quase uma década antes da Constituinte, quando um Congresso Nacional com alguns membros biônicos e outros de legitimidade questionável, cercado por homens armados, aprovou um projeto de anistia enviado pelo governo militar, inaugurando o processo de abertura que culminaria em uma nova constituição. Nunca é demais relembrar que a sociedade demandava uma anistia “ampla, geral e irrestrita”, mas que o Congresso Nacional rejeitou o projeto substitutivo com tal bandeira, estabelecendo uma anistia parcial, limitada e bastante focal: anistiava crimes eleitorais, políticos e os a estes conexos – excluídos os “crimes de sangue”, como os homicídios.

A limitação apriorística configurada na anistia estabeleceu uma barreira capaz de impor-se a qualquer outra norma ou valor do ordenamento jurídico em todo o período futuro,

fundamentando uma semântica absolutamente coerente com a da ditadura para justificar o início da vida democrática no país: o suposto “pacto” que permitiu o início de um longo processo de abertura democrática, firmado na “casa do povo” por seus “representantes”, colocou fim a um período de violência recíproca entre regime e oposição, selando os fatos com o esquecimento que tornaria o futuro da Nação possível.

O princípio do esquecimento, neste sentido, não foi uma opção performática individual dos agentes, mas uma opção institucional do regime, que gera efeitos na memória oficial do país e, ademais, lançou bases para produtos hermenêuticos interessantes. Valendo-se apenas do princípio geral “esquecer para seguir em frente”, a lei de anistia foi usada em 1981, dois anos após sua edição, no episódio conhecido como “*Rio-Centro*” para absolver agentes públicos que planejaram um atentado, a ser imputado “aos comunistas”, de modo a demonstrar que os grupos armados seguiam na ativa. Igualmente, na medida em que se tornavam impossíveis de esconder episódios de tortura e assassinatos praticados durante o regime de exceção – negados nos mais diversos fóruns no período que antecedeu a lei de 1979 –, pode-se, prontamente, mesmo que *ex post facto*, consolidar a tese de que a anistia fora “para os dois lados”, anistiando *em concreto* aos perseguidos políticos, que haviam sido investigados, perseguidos, processados e punidos, mas, também, em nome da pacificação nacional, anistiando *em abstrato* aos agentes públicos que desviaram-se da própria legalidade do regime de exceção e cometeram crimes. A anistia penal também, na prática, transbordou para a esfera civil e, neste sentido, produziu um dos mais severos quadros de impunidade pós-transicionais conhecidos na atualidade.

A estratégia semântica adotada pelo regime fora similar, embora menos bem elaborada filosoficamente, a aquela apresentada após a anistia da Guerra Civil Espanhola e da ditadura de Franco, quando formulou-se o *princípio da equidistância* (ou *princípio da simetria*), assegurando igual tratamento a franquistas e republicanos para fins de anistia, abstraindo-se tanto as diferenças materiais existentes entre os grupos, quanto o fato de que o grupo vitorioso – que instalou uma ditadura – havia usado o Estado para perseguir, processar e punir ilegitimamente aos vencidos *in concreto*, enquanto os vencedores jamais foram sequer identificados, porquanto anistiados *in abstrato* (cf.: GREPPI: 2008).

Em ambos os casos parte-se do pressuposto que, em dada conjuntura histórica, dois grupos políticos antagonizaram-se fortemente, tomaram as armas e foram à luta. A paz nacional, após tão severas conturbações, depende que se esqueçam esses fatos para seguir em frente, e o tratamento dado a um “lado” deverá ser idêntico ao dado ao outro, sob pena de estabelecer-se um “uso político da memória” com fins de revanche. Essa leitura, que viria a ser esposada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro nos anos de 2010, como veremos adiante, adota a estratégia do esquecimento sem perceber que, ao fazê-lo, endossa toda uma narrativa histórica que não é necessariamente factual e, neste sentido, impede mesmo a suposta equidistância que pretende estabelecer, conservando uma visão anti-democrática do passado imposta arbitrariamente pelos agentes no poder.

Essa mecânica bem ilustra o modo como a politização do judiciário opera no controle de constitucionalidade atinente as medidas transicionais, opondo conservadores e progressistas. Todo o conservador teme mudanças por desconhecer seus efeitos, e, portanto, vincula-se a um objeto cujo seu fetiche é, justamente, excluir dos efeitos do tempo. Assim, o judiciário pode assumir uma postura conservadora de manutenção bem intencionada de uma narrativa arbitrária do passado e, o fazendo, gera efeitos naquilo que Ribas Vieira e Da Silva definem como um “ativismo seletivo” do judiciário em relação as causas políticas (*op. cit.* 2009). Esta caracterização é fundamental pois permite diferenciar o conservador, que teme os efeitos políticos de uma mudança interpretativa favorável aos direitos humanos, como as operadas pelas cortes constitucionais da Argentina e do Uruguai, do reacionário, que conhece plenamente os efeitos da mudança e, por saber que ela desestabilizará um dado sistema de poder, engaja-se contra ela por opção política, reeditando conflitos do passado (notadamente, o desde muito superado bipolarismo da Guerra Fria).

Na hermenêutica constitucional proposta para a chamada à responsabilidade individual dos criminosos do regime de exceção, tal distinção torna-se basilar, pois permite diferenciar dois grupos de objeções. Em concreto:

Os *conservadores* oporão que a lei de 1979 foi legítima em seu contexto e produziu efeitos, e se forem tais efeitos revistos, perder-se-á em segurança jurídica, além de se gerar uma ameaça a estabilidade política do país, fundada na transição. São argumentos formais e razoáveis.

Já os *reacionários*, sempre mais atentos ao mundo, sabem que Argentina, Chile, Colômbia, Paraguai, Uruguai e Peru, num rápido passeio ilustrativo pela América Latina, já tiveram alguns de seus carrascos condenados, por decisões pátrias ou internacionais, sem perder a “estabilidade democrática”, e que isso acontecerá invariavelmente também no caso brasileiro, submetido à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e, desde a época da ditadura, signatário de diversos tratados de direito internacional que vedavam a anistia a crimes desta natureza.

A estes o que preocupa não é a responsabilização individual dos torturadores, mas a erosão da limitação apriorística de leitura da Constituição, pois estes sabem que “*não fazer uso político da história*” é a melhor forma de usá-la politicamente para garantir que estruturas arcaicas de poder se mantenham incólumes, nas brumas de um esquecimento imposto. O argumento destes é que, para punir aqueles que praticaram torturas, desaparecimentos forçados, homicídios e estupros (dentre outros crimes, pressupostamente conexos aos políticos), teríamos de punir também aos “terroristas”, como bem recita o princípio da equidistância. Esse argumento claramente ignora o fato das forças de resistências terem sido as perseguidas pelo regime e, ainda, o fato de seus agentes terem sido processados e punidos, reeditando o conflito pretérito a anistia, qual seja: *a luta contra os comunistas e os subversivos*.

4.4.2. A Lei de Anistia de 1979 e o STF: o pleito por uma interpretação conforme a Constituição

A anistia brasileira de 1979 possui duas duplas dimensões. Primeiramente, é a um só tempo própria e imprópria. É própria na medida em que anistia crimes comuns, como falsificação de documentos, quanto estes estiverem conectados a crimes políticos. É imprópria na medida em que anistia fatos que não constituem crimes mas foram assim tipificados por medidas de exceção do regime, como o notório caso de reunir grupos para atividades políticas. Ainda, possui sua segunda dupla dimensionalidade em si, na medida em que é a um só tempo uma “anistia” e “auto-anistia”. É anistia, legítima e externa, para os resistentes, os ditos “criminosos políticos”, mas também é auto-anistia, ilegítima pois auto-benéfica, para os

agentes do regime, que recebem perdão daqueles que ordenaram os crimes que abstratamente se entendem perdoados.

É em função de todo este cenário que a questão da anistia brasileira chega ao Supremo Tribunal Federal por meio de um questionamento bastante simples formulado pela Ordem dos Advogados do Brasil por meio de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (doravante ADPF 153/2008), interposta após a realização de audiência pública sobre o tema pela Comissão de Anistia do Ministério da Justiça. A entidade de representação da advocacia solicitou à corte constitucional que se manifestasse sobre a correta interpretação do artigo 1º da lei de anistia (6.683/1979), qual seja:

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 conexo 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.

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

§ 2º - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.

De forma muito singela, a Ordem dos Advogados questionava a constitucionalidade de, por meio de conceito atípico de conexão, anistiar-se graves violações aos Direitos Humanos praticadas por agentes do Estado contra militantes políticos de oposição, mormente já presos e rendidos, aí incluindo-se a deliberada eliminação física de opositores. Nesse sentido, a Ordem dos Advogados não questionou a validade da própria lei de anistia (coisa que seria possível), mas sim a extensão de seus efeitos. Na lavra de Fábio Konder Comparado e Maurício Gentil Monteiro, o questionamento da Ordem tomou a seguinte forma:

“[...] sob qualquer ângulo que se examine a questão objeto da presente demanda, **é irrefutável que não podia haver e não houve conexão entre os crimes políticos, cometidos pelos opositores do regime, e os crimes comuns contra eles praticados pelos agentes da repressão e seus mandantes no governo.** A conexão só pode ser reconhecida, nas hipóteses de crimes políticos e crimes comuns perpetrados pela mesma pessoa (concurso material ou formal), ou por várias pessoas em co-autoria. No caso, portanto, a anistia somente abrange os autores de crimes políticos ou contra a segurança nacional e, eventualmente, de crimes comuns a eles ligados pela comunhão de objetivos.” (ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL: 2008, p.09 - grifos no original)

Afirma ainda a inicial da Ordem dos Advogados protocolada junto ao STF que o artigo 1º da Lei n.º 6.683/1979 e, ainda mais especificamente, seu parágrafo 1º, foi “*redigido intencionalmente de forma obscura, a fim de incluir sub-repticiamente, no âmbito da anistia criminal, os agentes públicos que comandaram e executaram crimes comuns contra opositores políticos durante o regime militar*” (*ibidem*). Essa redação obscura do texto da lei é que teria, por meio interpretativo, servido para garantir a impunidade dos crimes do Estado, razão pela qual a Ordem questiona a mais alta corte da República sobre a validade de tal extensão interpretativa frente à Constituição.

Finalmente, a OAB, além de questionar a interpretação da possível conexão entre crimes da resistência e da repressão para fins de anistia e a legalidade de tal conexão por meio impróprio, ainda sustentou um segundo argumento: mesmo que tal conexão fosse juridicamente possível, não seria constitucionalmente aceitável, na medida que fere a um amplo conjunto de princípios constitucionais. Destacou especificamente cinco deles: isonomia em matéria de segurança; não ocultação da verdade; princípio democrático; princípio republicano e; dignidade da pessoa humana e do povo brasileiro.

A razão para a OAB não questionar a validade da lei *in toto* decorre, mais uma vez, do paradoxo da vitória de todos. De um lado, a sociedade civil jamais foi capaz de vencer a semântica da repressão e desqualificar os “crimes” da resistência enquanto crimes, razão pela qual a manutenção da anistia imprópria ainda segue sendo relevante, e a anistia própria, conferida a atividades verdadeiramente delitivas tidas em conexão com atividades políticas

surtiu efeitos legítimos. De outro, a sociedade civil organizada considera como vitória sua a aprovação da anistia em 1979, após amplo processo reivindicatório, o que tornaria sua “revisão” (termo que a imprensa e alguns ministros do STF – inclusive o próprio ministro relator – bastante empregaram equivocadamente, tanto em sentido técnico quanto em sentido político, durante a cobertura do caso) uma afronta a sua conquista histórica.

A interpretação da OAB era a de que, neste sentido, o problema não estava na existência de uma lei de anistia, mas sim no fato de uma lei aprovada enquanto “anistia para a liberdade” ter-se convertido interpretativamente em uma “anistia para a impunidade”. Questionava, portanto, não a “anistia”, mas sim a “auto-anistia” supostamente conferida aos agentes do regime por meio do dispositivo legal da conexão, requerendo ao STF não que anulasse a lei, mas que filtrasse sua interpretação constitucionalmente, negando a corrente interpretação lesiva aos Direitos Humanos.

Para além do patrocínio inicial da OAB, quatro entidades apresentaram-se como *amicus curiae* da causa. Primeiramente, a Associação Brasileira dos Anistiados Políticos (ABAP), uma entidade social representativa de perseguidos políticos, pleiteou seu ingresso. Num segundo momento, a Associação Juízes pela Democracia (AJD), pela primeira vez em sua história, jogou sua representatividade em uma causa ante a mais alta corte da nação. O Centro para a Justiça e o Direito Internacional (CEJIL, na sigla em inglês), uma entidade internacional que representa setores da sociedade civil junto ao sistema interamericano de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos e que é uma das proponentes da ação contra o Brasil no caso Araguaia (*Gomes Lund e outros vs. Brasil*), ingressou na causa apresentando, mormente, seu expertise nas cortes internacionais para o tratamento da questão e, finalmente; ingressou na causa a Associação Democrática e Nacionalista dos Militares (ADNAM), presidida pelo herói nacional das forças expedicionárias brasileira, o Brigadeiro da Aeronáutica Rui Moreira Lima.

Manifestaram-se na causa a Advocacia-Geral da União (AGU) e a Procuradoria-Geral da República (PGR), bem como a Consultoria do Senado, em nome do Congresso Nacional. A AGU defendeu a manutenção da interpretação da lei, porém juntou aos autos seis pareceres jurídicos oriundos de diferentes órgãos do Governo. O Ministério da Justiça (organizador da audiência pública que deu origem a causa), a Secretaria Especial de Direitos Humanos e a

Casa Civil da Presidência da República manifestaram-se favoravelmente à causa da OAB e a mudança da interpretação da lei. Os Ministérios da Defesa, das Relações Exteriores e a Consultoria-Geral da União manifestaram-se pela improcedência do feito e a manutenção da interpretação corrente. A Procuradoria-Geral da República, que alguns meses mais tarde criaria um grupo de trabalho para o direito à memória e à verdade, manifestou-se pela manutenção da lei. No mesmo sentido o Senado Federal, que sustentou que a legislação fora aprovada segundo o devido processo prescrito à época e que, neste sentido, alterá-la seria uma afronta ao Poder Legislativo.

A ação tramitou por quase dois anos até entrar em pauta, num contexto bastante peculiar: as vésperas do início de outro julgamento envolvendo a transição no país, qual seja, a demanda contra o Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos (o referido “caso Araguaia”: *Gomes Lund e outros vs. Brasil*); no exato período da transição da presidência da corte, até então chefiada pelo Ministro Gilmar Mendes, para as mãos do Ministro Cezar Peluso e, ainda; a poucas semanas do início oficial da campanha eleitoral que escolheria o novo presidente da República, com dois ex-perseguidos político, um exilado e outro torturado pelo regime, liderando todas as pesquisas de opinião.

Passamos então a uma pormenorizada análise dos argumentos suscitados durante o julgamento, uma vez que estes não apenas nos permitem vislumbrar como a corte posicionou-se mas, sobremaneira, como algumas das categorias e imagens explicativas postas neste estudo foram aplicadas e postas em movimento na realidade concreta. Para esta análise, dividi as manifestações dos ministros da Corte em três conjuntos de temas, quais sejam: conexão criminal e bilateralidade da lei (4.4.3); recepção da lei pela Constituição e continuidade jurídica entre o regime militar e a nova ordem democrática (4.4.4), e; negativa de jurisdição do STF quanto ao tema (4.4.5). Essa divisão objetiva facilitar a visualização do debate, uma vez que, como é sabido por todos os mais familiarizados ao *modus operandi* do STF, a Corte não propriamente debate temas e chega a uma posição final, como a Suprema Corte norte-americana, mas sim seus juízes singularmente proferem votos individuais, seguindo a argumentação que mais lhes pareça razoável, muitas vezes – e esta não é uma exceção – chegando-se a um resultado final por maioria sem que necessariamente a maioria tenha convergência quanto as argumentos, mas sim apenas quanto ao resultado desejado. Nesse sentido, o voto do relator, Ministro Eros Roberto Grau, foi acompanhado por sete de seus

pares quanto ao que dispunha, mesmo que, como veremos adiante, nem todos seus argumentos tenham sido subscritos nos votos individuais. Dois votos foram divergentes ao do relator no mérito, restando ao final mantida a validade jurídica da interpretação pró-anistia bilateral e, ainda, julgada constitucional e recepcionada pela Constituição de 1988 a lei de 1979. Tal interpretação é completamente contrária a tese aqui apresentada, afigurando-se, nestes termos, equivocada tanto do ponto de vista jurídico, quanto político, coisa que entendo demonstrar na análise que passa-se a empreender.

4.4.3. Conexão criminal e bilateralidade da lei de anistia de 1979

Como visto, uma das divergências da OAB com a leitura dada à lei de 1979 é quanto a possibilidade de julgarem-se crimes políticos ou conexos aos crimes políticos aquelas atividades delitivas praticadas por agentes do Estado para a manutenção do *status quo* da ditadura. Quanto a impossibilidade de classificação dos delitos dos agentes de estado enquanto políticos, o Ministro Relator deu enfoque apenas para a ótica da violação à isonomia entre resistentes e agentes do regime, para concluir que:

“É certo [...] que o argumento da Argüente não prospera, mesmo porque há desigualdade entre a prática de crimes políticos e crimes conexos com eles. A lei poderia, sim, sem afronta à isonomia – que consiste também em tratar desigualmente os desiguais – anistiá-los, ou não, desigualmente”. (GRAU: 2010, p.12)

Quem efetivamente enfrentou a questão da classificação automática dos crimes tidos para a manutenção do regime enquanto políticos foi o Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto divergente. Nele, procurou demonstrar que haveria sim a necessidade de verificação, em cada caso concreto, da existência de motivação política do ato para que se configura-se a hipótese legal da anistia, valendo-se da tipificação de “crime político” construída pelo próprio tribunal em sua jurisprudência. Vejamos:

“[...] o Supremo Tribunal Federal vem fazendo uma clara distinção entre *crimes políticos típicos*, identificáveis *ictu oculi*, praticados, *verbi gratia*, contra integridade territorial de um país, o regime representativo e democrático ou o Estado de Direito, e *crimes políticos*

relativos, [...] com relação aos quais, para caracterizá-los ou descaracterizá-los, cumpre fazer uma abordagem caso a caso (case by case approach).” (LEWANDOWSKI: 2010, pp. 27-28)

Avança em sua argumentação sustentado, em concordância com a inicial da Ordem dos Advogados, que é tecnicamente equivocado o emprego da conexão pela lei de anistia, concluindo portanto que:

“[...] como a Lei de Anistia não cogita de crimes comuns, e emprega, de forma tecnicamente equivocada, o conceito de conexão, segue-se que a possibilidade de abertura de persecução penal contra os agentes do Estado que tenham eventualmente cometido os delitos capitulados na legislação penal ordinária, pode, sim, ser desencadeada, desde que se descarte, caso a caso, a prática de delito de natureza política ou cometido por motivação política [...].” (*ibidem*, p.28)

A tese do voto do Ministro Relator ao tratar da matéria, inobstante, inovará, apresentando a questão da conexão em conjunto com outra, a da bilateralidade da lei. Na percepção do Ministro Relator, aquilo que a OAB classificou como uma redação propositalmente obscura fora, na verdade, simplesmente uma redação, para qual o interprete ofereceu segura leitura, extraindo do texto e da realidade o sentido bilateral do dispositivo por entender, entre outros, que o próprio legislador (obscuramente ou não) já objetivava albergar os agentes de estado na anistia:

“[...] o legislador procurou estender a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção. Daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral. Anistia que somente não foi irrestrita porque não abrangia os já condenados [...] pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.” (GRAU: *op. cit.*, p. 29)

Inaugura, neste sentido, uma nova forma teleológica de leitura da lei, onde desconsidera-se o instrumental técnico-jurídico construído para tratar da conexão, decidindo-se com baliza tão somente numa pressuposta vontade não expressa do legislador. O

argumento da possibilidade de conexão, nestes termos, será refutado tanto por ministros que acompanharam a posição do relator, quanto pelos que divergiram.

Divergindo, Lewandowski apontará que:

“[...] não há como cogitar-se de conexão material entre os ilícitos sob exame, conforme pretenderam os elaboradores da Lei de Anistia, porquanto não é possível conceber tal liame entre os crimes políticos praticados pelos opositores do regime de exceção e os delitos comuns alegadamente cometidos por aqueles que se colocavam a seu serviço, visto inexistir, com relação a eles, o necessário nexo teleológico, consequencial ou ocasional exigido pela doutrina para a sua caracterização”. (LEWANDOWSKI: *op. cit.*, p. 15)

Ainda, mesmo anuindo com a decisão do relator, outros ministros apresentarão interessantes ressalvas à interpretação da conexão. É o caso da Ministra Carmen Lúcia:

“Nenhuma dúvida me acomete quanto a não conexão técnico-formal dos crimes de tortura com qualquer crime outro, menos ainda de natureza política. Tortura é barbárie, é o desumanismo da ação de um ser mais animal que gente, é a negação da humanidade, mais que a dignidade, que quem a pratica talvez nem ao menos saiba do que vem a ser.

“Mas não vejo como, para efeitos específica e exclusivamente jurídico-penais, nós, juízes, reinterpretarmos, trinta e um anos após e dotarmos de efeitos retroativos esta nova interpretação, da lei que permitiu o que foi verdadeiro armistício de 1979 para que a guerra estabelecida pelos então donos do poder com os cidadãos pudesse cessar. Não vejo como, judicialmente, possa ser, agora, aquela lei reinterpretada com negativa ampla, geral e irrestrita de tudo o que ocorreu então e que permitiu que hoje fosse o que se está a construir.” (ROCHA: 2010, pp. 19-20)

As citações são ilustrativas pois demonstram que, ao invés de enfrentar o problema da conexão e da classificação enquanto políticos para delitos que não atentavam contra o Estado, mas sim eram tidos para a manutenção no poder de um regime inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal abandona sua jurisprudência anterior (colacionada por Lewandowski em seu

voto) e passa a argumentar de forma francamente política para sustentar que não é o texto explícito do dispositivo que trata da conexão, ou mesmo o texto da lei “em geral”, que permite a interpretação da eventual anistia aos crimes dos agentes de estado, mas sim uma bilateralidade não expressa, oriunda de uma leitura de contexto político que, como se verá adiante, parece gerar atos imunes a qualquer controle de legalidade e constitucionalidade. O melhor exemplo desta leitura encontra-se no voto do Ministro Gilmar Mendes que, com negritos no original, assevera que “[...] *a questão não reside na conceituação do que seja crime político, e sim na própria característica do ato de anistia*” (MENDES: 2010, p.19).

É desta leitura de contexto que surgirá a afirmação da existência de um “pacto” onde, supostamente, a sociedade gera uma anistia bilateral, que por ser eminentemente um ato político escapa a toda e qualquer forma de controle jurisdicional, como se ao tempo do regime militar, anterior a Constituição de 1988, vivêssemos em um verdadeiro estado de natureza e fosse a própria anistia nossa porta de acesso à civilização (daí acima ter-me referido a uma “limitação apriorística à própria constituição). Paradoxalmente, este argumento será esquecido na hora de estabelecerem-se continuidades entre o ordenamento legal da repressão e da democracia, por meio da inserção quase ficcional da ideia da anistia enquanto “lei medida” (retomarei todos estes pontos nas discussões deste e do próximo item do estudo). Seguimos com o voto relator, a justificar a bilateralidade extra-textual da lei:

“A inicial (da OAB) ignora o momento talvez mais importante da luta pela redemocratização do país, o da batalha da anistia, autêntica batalha. Toda a gente que conhece nossa História sabe que esse acordo político existiu, resultando no texto da Lei n. 6.683/79. A procura dos sujeitos da História [no caso: os autores do pacto] conduz à incompreensão da História. É expressiva de uma visão abstrata, uma visão intimista da História, que não se reduz a uma estática coleção de fatos desligados uns dos outros.” (GRAU: *op.cit.*, p. 19)

Percebe-se facilmente que, nos discursos contidos nos votos, assume-se na democracia a semântica da ditadura, da divisão da sociedade em “dois lados”. Como visto nas seções anteriores do estudo, essa semântica é fundamental para a construção do altamente artificial “princípio da simetria”, que passa a prever igual tratamento para aqueles que insurgiram-se

contra a repressão (seja por quais razões fossem) e a própria repressão, como se fosse possível estabelecer qualquer analogia de meios entre os agentes de Estado, com todo o suporte da máquina pública, e os insurgentes e, ainda, o que é mais grave, qualquer tipo de simetria quanto a legitimidade de ambos em suas ações. Esse discurso, articulado pela repressão, faz parecer que aqueles que lutaram contra a ditadura não possuem, qualitativamente, um grau de legitimidade completamente diversos daqueles que sustentaram um regime ilegal de repressão as liberdades públicas após interromperem o fluxo institucional regular da vida democrática com um golpe de Estado.

Conforme visto no item 1.2.1 deste estudo, a semântica da repressão articula um sistema simbólico de valores que se reproduzem no tempo. Essa representação que devolve ao presente o embate ideológico típico da Guerra Fria é, em última análise, o fundamento da tese da bilateralidade, que desconsidera a materialidade da ideia de Estado de Direito em detrimento da lógica da pactuação. Um dos mais evidentes exemplos deste tipo de argumentação encontra-se na fundamentação dada à ideia de pactuação pelo Ministro Gilmar Mendes, que afirma que:

“O período da ditadura militar no Brasil gerou diversas lutas internas, e o exame das situações ocorridas naquele momento histórico permite constatar a existência de grupos contrapostos, uns a serviço do Estado, que se legitimava de maneira formal, e outros a serviço de núcleos paraestatais que exerciam posicionamentos políticos divergentes da linha política adotada pelo Estado brasileiro, controlado pelos militares.

[...]

A contraposição ideológica permitiu a realização de diversas agressões, que se constituíram em fatos típicos criminais, praticados, de um lado, pelo Estado forte e monopolizador do aparelho organizatório e, de outro, por núcleos de cidadãos ideologicamente contrários.” (MENDES: 2010, p.23)

A análise que busca fundamentar a simetria entre as partes acaba, minimamente, por reconhecer que de um lado estava o “aparelho organizatório” do Estado, o que de si já demonstraria a total desproporção da suposta luta em curso, considerando-se que, como visto anteriormente, o “aparelho organizatório” era constituído pelas forças armadas, dezenas de serviços secretos de informações, polícias civis e militares, para ficar apenas no quadro mais imediato de mecanismos de Estado em desvio de função com vistas à repressão política.

Porém, ainda, o Ministro estabelece outra ressalva que, segundo entende-se razoável, haveria de evidenciar ainda mais tal desproporção:

“Embora seja razoável admitir que a grande maioria das ofensas foi praticada pelos militares, não é razoável introduzir, no campo da análise política e no campo das definições jurídicas, compreensões morais acerca da natureza justificadora da violência.” (*ibidem*: p. 24)

Os elementos levantados pelo Ministro fazem lembrar a já citada passagem de Santiago Nino, que entendo importante repisar agora, afirmando, sobre o caso argentino, que:

“[...] os meios empregados para repelir a agressão [da guerrilha] eram irracionais e desproporcionais. O regime militar foi muito além do que era necessário para neutralizar os agressores e utilizou meios de determinação incertos para definir quem era ou não agressor. São poucas as dúvidas existentes sobre os meios eleitos para a luta contra o terrorismo subversivo terem excedido a proporção do mal causado pelo próprio terrorismo. Mais pessoas foram seqüestradas, torturadas e mortas e, neste processo, a ditadura também destruiu o Estado de Direito e a segurança jurídica. Afinal, os meios legítimos para uma sociedade combater o terrorismo podem ser encontrados no direito penal [...]” (1996: p.174 - tradução livre¹³³)

Ao propor a tese da bilateralidade o Ministro acaba por esquecer que não pode o Estado, sob qualquer pretexto, desvincular-se da lei e promover um banho de sangue em nome do que quer que seja. Mesmo na guerra o direito existe e regula parâmetros mínimos de disputa leal, de modo a evitar que, na busca por combater um mal, acabe-se por produzir outro muito maior. É assim que a tese da bilateralidade acaba por criminalizar o Estado e legitimar o *modus operandi* tido pela ditadura em seu nome, pois é evidente que, como pontuado no final do segundo capítulo, na aproximação ao caso espanhol, a existência de violência *contra* o Estado é qualitativamente diversa da violência praticada *pelo* Estado, e, mais ainda, a violência contra o regime não autoriza, nem agora nem no passado, que este

¹³³ “[...] the means employed to repel the aggression [from the guerrilla] were irrational and disproportionate. The military regime went far beyond what was needed to neutralized the aggressors and used unreliable ways of determining who where aggressors and who were not. There is little doubt that the means chosen to fight subversive terrorism were way out of proportion to the evils caused by terrorism. More people were abducted, tortured, and killed, and in the process the dictatorship also destroyed the rule of law and legal certainty. In the end, the legitimate means for a society to use against terrorism can be found in criminal law [...]”

afaste-se da legalidade para combatê-la. Retomando trecho da citação de Greppi anteriormente apresentada:

“Esta estratégia argumentativa [da simetria] busca, de forma perversa, reduzir ao absurdo a condenação da violência fascista, dissolvendo a responsabilidade e a reprovação através de uma indiscriminada repartição de culpas. Pelo contrário, a tese da simetria não guarda nenhuma ligação com a negação de qualquer coisa, das culpas – se estas existiram – e menos ainda da violência. Neste sentido, [...] não nega[-se] que tenham ocorrido violências – é um fato inequívoco que elas ocorreram – de um lado e do outro do front. A única coisa que afirma, e com boas razões, é a não equidistância, a assimetria no reconhecimento, derivada de uma assimetria nos fatos.” (GREPPI: 2008, p.108 - tradução livre¹³⁴)

O contexto de afirmação da bilateralidade da lei não é, portanto, o do Estado de Direito, mas sim o da justificação de um estado de fato. De justificação, em última análise, da própria ditadura. É assim que quase não causa espanto encontrar, dois parágrafos abaixo daquele em que Mendes defende a bilateralidade da lei mesmo considerando a franca assimetria entre as supostas “partes” em disputa, trecho de discurso absolutamente coerente com a Doutrina de Segurança Nacional, apresentada no item 3.2 deste estudo.

“[...] é certo que muitos dos que recorreram a estes delitos não buscavam a normalidade democrática, mas a defender sistemas políticos autoritários, seja para manter o regime de exceção, seja para instalar novas formas de administração de cunho totalitário, com bases stalinistas, castristas ou maoístas. É notório que, em muitos casos, os autores desses tipos de crimes violentos pretendiam estabelecer sistema de governo totalitário, inclusive com apoio, financeiro e treinamento concedidos por ditaduras estrangeiras.” (MENDES: 2010, p.24)

A justificativa para a desproporção dos meios e a completa destruição do Estado de Direito, neste sentido, parece estar na elevação do *status* dos insurgentes ao nível de “ameaça estrangeira”, sem nenhum pudor de nesta classificação incluir mesmo aqueles presos e

¹³⁴ “Esta estrategia argumentativa busca, de forma perversa, reducir al absurdo la condena de la violencia fascista, disolviendo la responsabilidad y el reproche a través de un indiscriminado reparto de culpas. Por el contrario, la tesis de la simetría nada tiene que ver con la negación de nada, de las culpas – si las hubo – y menos de la violencia. En este sentido, [...] no niega que haya existido violencia – es un hecho que la hubo y no tendría sentido ignorarlo – a un lado y otro del frente. Lo único que afirma, y con buenas razones, es la no equidistancia, la asimetría en el reconocimiento, derivada de una asimetría en los hechos.”

torturados não por adentrarem na luta armada (coisa que, ademais, não justificaria o arbítrio), mas também aqueles que cometeram tão somente delitos de opinião ou organizaram entidades políticas, incidindo em crimes tipificados pelo regime por meio de leis de exceção. Desconsidera, ainda, que no Brasil a esquerda armada jamais chegou a ameaçar minimamente o regime, como é de conhecimento notório.

Além da percepção da manutenção desta semântica anti-democrática, é facilmente perceptível a utilização no plano estratégico do paradoxo da vitória de todos. Voltando a argumentação de Grau, teremos isso muito claro, na medida em que a movimentação social pró-anistia e contra o regime é utilizada para justificar a manutenção da impunidade dos torturadores, algo que, conforme fartamente demonstrado na recapitulação do processo que conduziu à anistia de 1979 (item 3.3), não se sustenta:

“Reduzir a nada essa luta [a luta pela anistia], inclusive nas ruas, as passeatas reprimidas duramente pelas Polícias Militares, os comícios e atos públicos, reduzir a nada essa luta é tripudiar sobre os que, com desassombro e coragem, com desassombro e coragem lutaram pela anistia, marco do fim do regime de exceção.” (GRAU: *op.cit.*, p. 20)

O mais impressionante, na análise desta questão, é a ampla reprodução do discurso da ditadura nas mais variadas instituições, e não apenas no STF. Prova disso é a igualmente desconcertante manifestação da Procuradoria-Geral da República (PGR), referida pelo próprio relator, que igualmente trabalha com a ficcional tese de que os perseguidos políticos, seus próximos, os familiares de mortos e desaparecidos políticos, bem como inúmeros outros setores sociais, envolveram-se na luta pela anistia clamando nas ruas pela anistia para os perseguidos mas também para os perseguidores. O argumento da PGR leva tal ficção a tal patamar que considera ser temerário para o próprio direito a verdade considerar que a anistia não fora bilateral, desconsiderando mesmo o fato de jamais o Congresso ter aprovado sequer a lei “ampla, geral e irrestrita” que as ruas clamavam para os presos e perseguidos políticos:

“Romper com a boa-fé dos atores sociais e os anseios das diversas classes e instituições políticas do final dos anos 7-, que em conjunto pugnaram -- como já demonstrado -- por um Lei de Anistia ampla, geral e irrestrita, significaria

também prejudicar o acesso à verdade histórica.” (SANTOS: 2010, item 107)

Até aqui já temos, portanto, um razoável número de constatações: primeiro, a incorporação do discurso da ditadura pelas instituições democráticas, com a manutenção daquilo que chamei de uma utilização semântico-valorativa do discurso da repressão para a obtenção de resultados políticos e jurídicos; em segundo lugar, a utilização do paradoxo da vitória de todos para uma legitimação política completamente artificial da lei de 1979 e, ainda; a soma destes argumentos para articulação de um artificial princípio da simetria entre repressores e reprimidos. Tudo isso a justificar que a anistia concedida pelo regime tratou-se não de uma concessão no bojo de um processo altamente controlado de abertura, mas sim um legítimo acordo político. A tese do acordo será, finalmente, o sustentáculo da ideia de bilateralidade, substituindo teleologicamente o próprio texto legal de 1979 para fundamentar a manutenção da interpretação extensiva da lei.

As vozes dissonantes foram, novamente, as dos Ministros Carlos Ayres Britto e Ricardo Lewandowski. Brito, questionará, pronta e incisivamente, a suposta anistia “tácita” aos agentes do regime afirmando que:

“[...] para a coletividade perdoar certos infratores é necessário que o faça de modo claro, assumido, autêntico, não incidindo jamais em tergiversação redacional, em prestidigitação normativa, para não dizer em hipocrisia normativa. E o fato é que com todas as vênias [...] eu não consigo enxergar no texto da lei de anistia essa clareza que outros enxergam com tanta facilidade [...]. Quem redigiu esta lei não teve a coragem de assumir essa propalada intenção de anistiar torturadores, estupradores, assassinos frios de prisioneiros já rendidos, pessoas que jogavam de um avião as suas vítimas, pessoas que ligaram fios desencapados a uma tomada e os conectavam à genitália feminina, pessoas que estupravam moças, mulheres, na presença dos pais, dos namorados, dos maridos. [...] certos crimes são, pela sua natureza, absolutamente incompatíveis com qualquer ideia de criminalidade política pura ou por conexão.” (BRITTO: 2010, áudio, s/p)

Lewandowski voltará ao contexto histórico para apresentar também sua oposição ao acordo tácito e, mais ainda, a sua aceitação enquanto um acordo:

“De fato, a Lei de Anistia, longe de ter sido outorgada dentro de um contexto de concessões mútuas e obedecendo a uma espécie de “acordo tácito”, celebrado não se sabe bem ao certo por quem, ela em verdade foi editada em meio a um clima de crescente insatisfação popular contra o regime autoritário” (LEWANDOWSKI: *op.cit.*, p. 08)

Inobstante, outros ministros chegam mesmo a levantar o contexto social da época, sem aperceberem-se de que a descrição que fazem, justamente, contradiz o que defendem. O voto da ministra Carmen Lúcia é elucidativo neste aspecto:

“É preciso não deslembrar que, naqueles dias dos anos setenta, havia presos políticos sem prisão formal decretada, desaparecidos ainda hoje desconhecidos, exilados pretendendo e sem poder voltar à pátria, pais e mães dilacerados pelo dilema de viver de um perdão sobre humano e um ódio desumano, uns e outros a pesar na alma do Brasil.” (ROCHA: *op.cit.*, p.11)

A argumentação depõe contrariamente a tese que a própria ministra e a Corte como um conjunto viriam a referendar. Ora, se este era o contexto, qual a possibilidade de formular-se um pacto legítimo? Havia, de fato, qualquer simetria em as partes que permitisse a negociação? Mais ainda: é idêntica e simétrica a situação acima descrita com a daqueles que, para manterem-se no poder, deram causa a todo este sofrimento? Nada tem o direito a dizer sob um eventual pacto tido nestes termos?

Afastado da baliza do texto legal e da própria constituição, o STF chega mesmo a considerar num dos votos que:

“[...] se revestiu de plena legitimidade jurídico-constitucional a opção legislativa do Congresso Nacional que, apoiando-se em razões políticas, culminou por abranger, com a outorga da anistia, não só os delitos políticos, mas, também, os crimes a estes conexos e, ainda, aqueles que, igualmente considerados conexos, estavam relacionados a atos de delinquência política ou cuja prática decorreu de motivação política” (MELLO: 2010, p.16).

Vale retomar brevemente o contexto da política em geral e do Congresso Nacional antes de seguir com a argumentação: A Constituição de 1946 foi derrogada e, por meio de atos institucionais, novas cartas foram outorgadas à pátria pela “revolução” em 1967 e 1969. Os Atos Institucionais, que já haviam sido utilizados para, inclusive, fechar o Congresso, haviam dado poderes ao Executivo para intervir na formação do Senado. O Poder Executivo tinha faculdade de caçar mandatos parlamentares. O projeto de anistia defendido pela sociedade foi derrotado pela base governista, que aprovou o projeto do Executivo. Neste contexto, parece pouco realista cogitar que o Congresso Nacional tenha, de fato, “optado” por um determinado caminho e, mesmo que o tivesse feito, retomando o argumento do vício de origem dos atos produzidos sob a força do golpe e dos atos institucionais, soa artificial atribuir a este processo “legitimidade jurídico-constitucional”. O mínimo a se questionar neste cenário é a fonte de tal legitimidade, se decorrente da Constituição derrogada ou, porventura, das Cartas outorgadas pelo regime militar. O STF aceitou a segunda hipótese (retomarei este ponto no item 4.4.4).

Mas o argumento da bilateralidade ainda será usado para outra articulação teórica altamente questionável desde os pressupostos aqui construídos. Segundo o ministro Celso de Mello, seria a característica da bilateralidade da anistia brasileira a responsável por afastar dela duas outras características, cujo jurisprudência internacional fartamente qualificou como ensejadoras de nulidade plena em foro de leis de anistia.

Primeiramente, utiliza a suposta bilateralidade para afastar a hipótese de auto-anistia por parte dos militares:

“É preciso ressaltar [...] que a lei de anistia brasileira, exatamente por seu caráter bilateral, não pode ser qualificada como uma *lei de auto-anistia*, o que torna inconsistente, para os fins deste julgamento, a invocação dos mencionados precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos.” (*ibidem*: p. 27)

Posto o argumento pelo Ministro, resta razoável esperar encontrar no voto seu desenvolvimento, inobstante não há nada na argumentação que permita solver a aporia constante em afirmar-se que quanto ‘a’ concede anistia para ‘a’ e para ‘b’, não está

concedendo anistia a si mesmo. A única hipótese razoável a fundamentar o argumento seria a de que, em verdade, quem concedeu a anistia para ‘a’ e ‘b’ fora ‘c’, no caso, o Congresso Nacional, mas por todo o posto não parece prosperar qualquer argumento que considere o Poder Legislativo com suficiente autonomia para tanto nos idos anos de 1979.

A segunda utilização artificial ideia de bilateralidade pela argumentação em construção no Supremo diz respeito ao conceito de anistia em branco. Nesse sentido, Celso Mello afirma:

“Com efeito, a Lei n.º 6.683/79 – que traduz exemplo expressivo de anistia de “*mão dupla*” (ou “*dupla via*”), pois se estendeu tanto aos opositores do regime militar quanto aos agentes da repressão – não consagrou a denominada *anistia em branco*, que busca, unicamente, suprimir a responsabilidade dos agentes do Estado e que constituiu instrumento utilizado, em seu próprio favor, por ditaduras militares latino-americanas.” (*ibidem*: p. 27 - grifos no original)

Antes de avançar, importa especificar a que se refere a doutrina e a jurisprudência em geral ao utilizar o termo “anistia em branco”. Valho-me da obra de Meintjes & Mendes, que definem anistia em branco como aquelas que são aplicadas:

“[...] largamente, sem necessidade de qualquer requerimento por parte do beneficiário ou mesmo um inquérito inicial sobre os fatos que possa determinar se eles em encaixam no espectro de aplicação da lei.” (MEINTJES & MENDES: 2000: p.85 - tradução livre¹³⁵)

Considera-se um anistia em branco, portanto, aquela que ocorre fora de um processo fiscalizável e, especialmente, sem controle de seus próprios termos. Alusivamente, a anistia aos perseguidos políticos não tratou-se de uma anistia em branco, uma vez que estes sujeitaram-se a pelo menos algum dos procedimentos consecutivos a seguir: (i) foram investigados; (ii) indiciados; (iii) julgados; (iv) condenados e, ao final ou em alguma das fases preliminares, (v) anistiados. A anistia aos agentes repressores notoriamente é, ao contrário do

¹³⁵ “[...] across the board without requiring any application on the part of the beneficiary or even an initial inquiry into the facts to determine if they fit the law’s scope of application.”

que procura demonstrar a argumentação do Ministro com a peculiar construção posta, uma anistia em branco, uma vez que não apenas ocorre *in abstracto*, sem qualquer verificação sobre o que concretamente se está anistiando como, e mais especialmente, impede qualquer investigação, o que a qualifica como uma anistia em branco de dupla dimensão, pois ademais de incidir em abstrato ocorre à margem de qualquer processo ou procedimento.

A interconexão entre os argumentos da bilateralidade e da simetria faz-se presente, em verdade, em toda a argumentação do Ministro Celso Mello, conclui a série de raciocínios aqui escrutinados não apenas com uma nova afirmação desta simetria como, ainda, excluindo o Estado de um dos pólos do conflito:

“[...] foi com [...] elevado propósito [viabilizar a transição] que se fez inequivocamente bilateral (e recíproca) a concessão da anistia, 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, viabilizando-se, desse modo, por efeito da bilateralidade do benefício concedido pela Lei n.º 6.683/79, a construção do necessário consenso, sem o qual não teria sido possível a colimação dos altos objetivos perseguidos pelo Estado e, sobretudo, pela sociedade civil naquele particular e delicado momento histórico da vida nacional”. (MELLO: 2010, p.17)

A conclusão da argumentação do ministro Eros Grau, embora pareça bastante contraditória com o dispositivo de seu voto, tem um corte mais realista:

“Há quem se oponha ao fato de a migração da ditadura para a democracia política ter sido uma transição conciliada, suave em razão de certos compromissos. Isso porque foram todos absolvidos, **uns absolvendo-se a si mesmo**. [...] Era ceder e sobreviver ou não ceder e continuar a viver em angústia (em alguns casos, nem mesmo viver).” (GRAU” op.cit., p.50 - grifos meus)

Parece-me, por todo o posto, que o Supremo Tribunal Federal em sua função de guardião da Constituição equivocou-se, ao avalizar tais argumentações, em pelo menos duas

medidas: turvou a distinção entre Estado de Direito e Estado de Exceção e, ainda, negou sua própria jurisdição, coisa que passa-se a explorar nos seguintes itens.

4.4.4. A recepção pela Constituição da lei de anistia e a continuidade material entre o ordenamento militar e o democrático

A indistinção acima referida – e avalizada pelo Supremo Tribunal Federal – decorre (i) de uma leitura equivocada do que fora a ditadura militar e, ainda, (ii) de uma leitura bastante peculiar, e, igualmente, a meu ver equivocada, sobre a própria natureza do Poder Constituinte que permitiu a consolidação da vontade popular na Constituição da República de 1988. Ambas as causas fundam-se, neste sentido, numa visão formal, vazia de qualquer conteúdo, do que seja o próprio Direito que a Corte deve aplicar.

Em sua interpretação, como se verá a seguir, o STF reconheceu a legitimidade da ditadura militar como se Estado de Direito esta fosse. A tese aprovada pela Corte, em última análise, já havia sido adiantada em entrevista referida anteriormente neste trabalho do Ministro Marco Aurélio Mello ao apresentador Kennedy Alencar, quando este definiu a ditadura como “*um mal necessário, tendo em conta o que se avizinhava*”. Ao ser questionado sobre o que se avizinhava, se tratava-se de uma possível “ditadura comunista”, o Ministro pronta e evasivamente continua: “*teríamos que esperar para ver e foi melhor não esperar*”. Como visto nos capítulos anteriores, o suposto risco de descontinuidade democrática e, mais que tudo, econômica, foi amplamente utilizado para justificar o golpe de 1964 e, na manutenção da semântica daqueles tempos, seguiu presente na decisão do STF que, em última instância, reconheceu preferência a uma ditadura preventiva de direita ao eventual risco de uma ditadura futura de esquerda.

Esta ideia de continuidade encontra-se presente em diversos momentos das argumentações desenvolvidas. Foi vista claramente nas citações de Celso Mello, transcritas no tópico anterior, onde trata da “legitimidade jurídico-constitucional” de dados atos e práticas da ditadura e, ainda, será explicitada no próximo tópico, onde analisa-se a negativa de jurisdição que o próprio STF se impõe. Tanto a afirmação desta continuidade, quanto a ainda mais grave ideia de uma “constitucionalização” da lei de anistia de 1979 (ou, pelo

menos, de seu conteúdo normativo) por meio da Emenda Constitucional n.º 26 de 1985, anterior, portanto, a própria constituição efetiva, dizem respeito ao conceito de “direito” e de “constituição” esposado pelo STF, e que faz lembrar a afirmação já referida de Dimoulis que trabalha a possibilidade de que possa existir uma “justiça de transição” rumo a qualquer forma de governo, mesmo que seja esta injusta e anti-democrática. Na refutação desta acepção procurei afirmar a substancialidade da ideia de justiça de transição, em especial se somada a ideia de constitucionalismo, argumento que se aprofunda nesta seção com vistas a questionar essas duas dimensões da decisão do STF quanto a continuidade entre ditadura e democracia e o conceito limitado de poder constituinte dela decorrente.

O problema a ser enfrentado é bem definido em texto publicado em 2002 por Menelick que Carvalho Netto, onde afirma que um dos grandes problemas das leituras estritamente kelsianas da constituição é sua contra-factual redução da noção de norma “[...] à uma mera autorização estatal em branco para a emissão de novas normas”. Essas leituras encobrem o problema da legitimidade da própria “constituição”, coisa que, desde uma perspectiva constitucionalista propriamente dita, afasta o fulcral debate sobre a constitucionalidade material do conteúdo da própria Constituição. Daí o interesse de uma investigação constitucionalista ser oposto ao interesse mais dogmático. Seguindo com Carvalho Netto:

“Nos interessa, precisamente, o fenômeno jurídico-político que Kelsen desqualificara e expelira da consideração científico-jurídica ao limitar a ótica da ciência do Direito ao exame de uma mera autorização em branco para a organização estatal de novos pólos emissores de normas, **passíveis de acolher qualquer conteúdo, reduzindo a legitimidade à legalidade e destituindo a própria formalidade constitucional de qualquer sentido de garantia dos direitos fundamentais.**” (CARVALHO NETTO: 2002, grifos meus)

Conforme amplamente assentado acima, a teoria constitucionalista funda-se na positiva tensão existente entre *democracia* e *direitos fundamentais*, com a vontade da maioria sendo o principal referencial para a produção de normas, mas, igualmente, com os direitos fundamentais funcionando contra-majoritariamente, tornando invioláveis um conjunto de

garantias atinentes as pessoas exclusivamente pelo fato de serem pessoas. Carvalho bem resume, assim, esta tensão original (aqui traduzida em termos de liberdade e igualdade), que vincula a leitura sobre a constitucionalidade material das próprias normas constitucionais:

“Daí a razão da exigência de que qualquer norma [...] deva ser compatível procedimental e substantivamente com a Constituição. Na verdade, com a Constituição enquanto primeira densificação normativa desses dois direitos fundamentais essenciais, a liberdade e a igualdade dos cidadãos, que, ao longo da história constitucional, ganham sentidos diferentes, e a cada vez apresentam-se mais ricos e complexos, dando a aparência de que seria a tábua de direitos que se ampliaria.” (*ibidem*)

Quanto a Ordem dos Advogados do Brasil, em sua petição ao STF, solicitou a correta interpretação de lei de 1979, sustentado ser inadmissível a extensão da conectividade a crimes que, constitucionalmente (em sentido material), não seriam passíveis de anistia, solicitava que o STF considerasse inválida frente à Constituição uma pretensão lesiva de direitos fundamentais, afirmando – em consonância com a melhor teoria sobre direitos fundamentais existente – que tal interpretação da lei não poderia ser recepcionada pela Constituição uma vez que a norma dela decorrente feria materialmente a própria ideia do que é uma constituição. Mais ainda, afirmava que do ponto de vista da legitimidade, a regra poderia inclusive ser considerada inconstitucional em sua forma, uma vez que concedia auto-anistia por meio de uma votação na qual o regime tinha poder sobre os parlamentares, coisa que viciaria o processo, jamais tendo sido re-afirmada por um Congresso democrático ou, ainda, por meio de outros instrumentos de verificação da vontade popular (como plebiscitos e referendos).

A resposta do Ministro Relator, inobstante, demonstra claramente que a preocupação com a “constituição-forma” sobrepôs a verdadeira preocupação cabível, qual seja, com a constituição substancial. O Ministro Eros Grau afirma, sobre este pedido de inconstitucionalidade da interpretação, ou mesmo do dispositivo legal, haja vista que o STF interpretou que este, mesmo sem conter previsão escrita, consagrou uma anistia bilateral, que:

“[...] é certo que, a dar-se crédito a eles [os argumentos da argüente contra a recepção], não apenas o fenômeno do

recebimento -- a *recepção* -- do direito anterior à Constituição de 1988 seria afastado, mas também outro, este verdadeiramente um fenômeno, teria ocorrido: toda a legislação anterior à Constituição de 1988 seria, porém exclusivamente por força dela, formalmente inconstitucional. Um autêntico fenômeno, a exigir legitimação de toda essa legislação pelo órgão legislativo oriundo de eleições livres ou então diretamente pelo soberano, mediante referendo.” (GRAU: 2010, p.16 - grifos meus)

A percepção formalista do direito e, mais notadamente, da Constituição, também será perceptível no voto da Ministra Carmen Lúcia, que consagra as decisões de uma composição ilegítima do Congresso nacional dado o decurso do tempo:

“Em relação à alegação, igualmente formulada na tribuna, no sentido de que a lei n. 6683 seria ilegítima, bastando para tanto enfatizar ter sido ela produzida por um Congresso ilegítimo, composto, inclusive, por senadores não eleitos, é de se observar a impertinência total de tal assertiva para o deslinde da questão aqui posta, até mesmo porque, mesmo na formulação da Constituição de 1988 ainda prevaleciam congressistas naquela condição e não é agora, quase vinte anos após a sua promulgação, que se haverá de colocar em dúvida a legitimidade daquela composição.” (ROCHA: 2010, p.03)

Cabem duas observações sobre estas passagens dos votos dos ministros Eros Grau e Carmen Lúcia. Primeiramente, é interessante apontar que ao questionar, *in concreto*, a conformidade de um determinado diploma legal com a Constituição, a Ordem dos Advogados não está a questionar a constitucionalidade de todos os dispositivos aprovados pelo Congresso durante a ditadura. Mesmo um poder ilegítimo pode aprovar regras que não são constitucionalmente inválidas, o que nos leva a segunda questão: não cabe afastar o argumento da ilegitimidade do Congresso Nacional de 1979 por decurso do tempo. Caso a interpretação questionada da lei de anistia fosse constitucional caberia a afirmação de que, mesmo sendo o Congresso ilegítimo, teria aprovado lei constitucional e que a ausência material de legitimidade teria sido sanada, no tempo, pela aceitação social da norma não lesiva a direito fundamental. Porém o que aqui ocorre, novamente, é o oposto. Questiona-se a legitimidade do Congresso Nacional para a aprovação de lei que, conforme interpretada, fere frontalmente princípios e direitos fundamentais do ordenamento constitucional!

A resposta dada a esta questão pelo Ministro Relator à OAB e, por extensão, à sociedade brasileira, é neste sentido duplamente insatisfatória: primeiro, por não enfrentar diretamente o argumento posto da potencial inconstitucionalidade substantiva, material, da norma extraída da interpretação dada à lei de 1979; em segundo lugar, por sofismar o argumento, fazendo parecer que sua aplicação levaria a necessidade de revisão de toda a legislação produzida pelo Congresso Nacional durante o tempo em que sua composição foi modificada por atos de força enquanto o pedido da Ordem era muito mais restrito: verificar uma interpretação ou um dispositivo, em concreto. Isso, ademais, não seria qualquer novidade para o STF que, em outros contextos, já considerou matérias e leis parcialmente inconstitucionais.

O próprio Relator era ciente da fragilidade deste argumento, razão pela qual o refere sem sustentar mais longamente, adotando mecanismo de escape que permita desenvolver outra linha argumentativa. Inviabilizado de sustentar a constitucionalidade material da lei, o Ministro Relator procura desviar do argumento da legitimidade valendo-se do expediente acima posto e avança, buscando fortificar o argumento débil com uma tese altamente arriscada e que seria plenamente acolhida por outros ministros, notadamente Gilmar Mendes e Marco Aurélio Mello, de que, em verdade, não apenas a Lei de 1979 seria *formalmente* válida como, ainda, que seria *materialmente* a base política do próprio processo constituinte brasileiro, uma vez que a emenda n.º 26 à Carta de 1969 que chamou a Constituinte reforçou os termos da lei de anistia, razão pela qual não apenas teria sido a lei recepcionada como que, desde sempre, teria composto o próprio conteúdo da Constituição. Vejamos:

“Eis o que se deu: a anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Não que a anistia que aproveita a todos já não seja mais a da lei de 1979, porém o artigo 4º, parágrafo 1º da EC 26/85. Mas estão todos como que [re] anistiados pela emenda, que abrange inclusive os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal. Por isso não tem sentido questionar se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não *recebida* pela Constituição de 1988. Pois a nova Constituição [re]instaurou seu ato originário. A norma prevalece, mas o texto -- o mesmo texto -- foi substituído por outro. **O texto da lei ordinária de 1979 resultou**

substituído pelo texto da emenda constitucional. A emenda constitucional produzida pelo Poder Constituinte originário constitucionaliza-a, a anistia.” (GRAU: 2010, p.62 - itálico do autor, negrito meu)

Para sustentar esta mesma argumentação, que tem na anistia um ato bilateral e recíproco que funda a nova constituição, o Ministro Gilmar Mendes chega a questionar a própria superação dos modelos teóricos que tratam do Poder Constituinte:

“[...] talvez os modelos a que nos aferramos (principalmente esse modelo dualista ou binômio entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado) estejam, na prática, sendo superados por soluções de compromisso, as quais abrem espaço para transações políticas que levam a uma determinada solução” (MENDES: 2010, p.20)

O Ministro Gilmar Mendes, em franca adesão à tese apresentada no item 4.1, de que a EC n.º 26/1985 não trata-se de mero chamamento formal à constituinte, mas sim constitui-se igualmente enquanto parte desta, entende tratar-se a constituição de 1988 de uma “*constituição compromisso*”, sendo “[...] necessário atentar-se para a natureza pactual [...] e verificar-se a amplitude dos compromissos políticos firmados por ocasião da Assembleia Nacional Constituinte, que promulgou a Constituição ora vigente” (ibidem: p.22). Assim sendo, é o pacto vincula a Constituição, e não esta que subordina o pacto.

Com tal argumentação, entende-se resolver um conjunto de problemas, uma vez que não apenas se procura “revestir” de constitucionalidade a lei de 1979 por uma via imprópria (o que será apontado pela Ministra Carmen Lúcia e adiante referido e utilizado para retomar este ponto) como, e mais especialmente, permite simular – novamente com o emprego de uma estratégia de ficção – uma descontinuidade entre ordenamento ditatorial e democrático que, na prática, o STF negou.

Segue o Ministro Relator:

“A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura a nova ordem constitucional. Consubstancia a ruptura da ordem constitucional que decairá plenamente no advento

da Constituição de 5 de outubro de 1988. Consubstancia, neste sentido, a *revolução branca* que a esta confere legitimidade. Daí que a reafirmação da anistia da lei de 1979 já não pertence à ordem decaída. **Está integrada na nova ordem. Compõe-se na origem da nova norma fundamental.**

[...]

“Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, **teremos que sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável.** A nova ordem compreende não apenas o texto da Constituição nova, mas também a norma-origem.” (GRAU: 2010, pp. 62-63 - itálico do autor, grifos meus)

Mendes valer-se-á do mesmíssimo argumento, afirmando que, em 1985, constitucionaliza-se o suposto “pacto político” de 1979. A principal diferença entre os dois argumentos é que, enquanto Grau apresenta um raciocínio onde a positividade do texto (tanto da lei de 1979, quanto da Emenda Constitucional de 1985) supera a materiliadade da própria Constituição de 1988 que tenta fazer-se norma, no raciocínio de Mendes, fundando explicitamente em Carl Schmitt – que juntamente com Konrad Hesse é diversas vezes citado no voto – a força normativa do suposto “pacto político” contido na EC n.º 26 seria tamanha que mesmo o legislador constituinte não poderia alterá-lo:

“Na linha da argumentação desenvolvida por Carl Schmitt, a doutrina constitucional alemã admite que o princípio de continuidade e identidade da Constituição não protege apenas os princípios contemplados pelas *garantias de eternidade*. Afirma-se, quase sem contestação, que também a cláusula de eternidade é insuscetível de alteração. Tal como realçado por Maunz, “*constitui imperativo de uma norma lógica (Normlogik) que, além dos princípios declarados intocáveis, também a própria cláusula pétrea que declara a imutabilidade deve ser considerada intagível*” [...]. Frusta-se, assim, a possibilidade de o legislador constituinte proceder à *dupla revisão*, eliminando a cláusula pétrea e, posteriormente, os princípios por ela protegidos.” (MENDES: 2010, p. 44 - grifos no original).

Para então seguir argumentando e exemplificando com vistas a concluir que:

“[...] essa abordagem teórica permite introduzir reflexão sobre a adoção, num processo de revisão, de uma ressalva expressa às cláusulas pétreas, contemplando não só a eventual alteração dos princípios gravados com as chamadas *garantias de eternidade*,

mas também a possibilidade de transição ordenada da ordem vigente para outro sistema constitucional (revisão total).” (ibidem: p.48 - grifos no original)

Ora, ao invés de recobrar a ordem constitucional legítima da Constituição anterior (1946), como fizeram outros países quando da transição, como a Argentina, no Brasil optou-se por formular uma nova Constituição. Disso, todavia, não decorre que assumam-se como legítimas as cartas de 1967 e 1969, impostas pelo regime ao povo brasileiro, como meio de garantir o princípio da continuidade e identidade da constituição. Justo o oposto! Se a tese de Grau reconhece o ato que chama a constituinte, *per se*, como parte da própria constituinte, a tese de Mendes vai ainda mais longe, pois afirma de modo pleno que a continuidade do sistema constitucional dá-se por meio da chamada, por reforma à Carta autoritária anterior, de uma revisão total que resta limitada apenas pelo suposto pacto político, como se ainda hoje estivéssemos vinculados as contingências do processo de abertura.

O que o argumento afirma, deliberadamente, aquilo que denominei em outro local (e aqui desenvolvo) como uma *limitação apriorística ao poder constituinte* e à própria constituição (cf.: TORELLY: 2009, pp.20-21). No afã de constitucionalizar uma disposição abertamente lesiva aos direitos fundamentais que, estes sim, constituem a única limitação material aceitável ao Poder Constituinte, a tese defendida pelo relator e aprofundada pelo Ministro Gilmar Mendes subverte toda a doutrina sobre os direitos fundamentais e o constitucionalismo, afirmando que no caso brasileiro não foram os direitos fundamentais a limitar a vontade democrática mas sim, ao contrário, que uma medida de impunidade contra lesões a estes direitos não apenas os limitou como, igualmente, limitou antecipadamente a própria vontade soberana do povo a ser expressa na constituição que se entendia formular.

Ademais, mesmo que a recepção tivesse, efetiva e inquestionavelmente, ocorrido no plano formal, disso não decorreria uma “inquestionabilidade” do dispositivo. Em seu voto o Ministro Gilmar Mendes repete o Ministro Eros Grau para asseverar que:

“[...] a EC n.º 26/85 incorporou a anistia como um dos fundamentos da nova ordem constitucional que se construía à época, fato que torna praticamente impensável qualquer modificação de seus contornos originais que não repercuta nas próprias bases de nossa Constituição e, portanto, de toda a vida político-institucional pós-1988.” (MENDES: 2010, p.49)

Ora, se aceitamos que só é constituição substancial aquela que incorpora os preceitos básicos do constitucionalismo – conforme defendo aqui –, podemos de forma muito objetiva questionar se dadas matérias, mesmo que efetivamente “constitucionalizadas” do ponto de vista formal, são efetivamente constitucionais do ponto de vista substancial. É evidente que nenhum sistema constitucional aceita violações flagrantes aos direitos humanos, sendo tal constatação suficiente para questionar a constitucionalidade de medidas lesivas a estes direitos, mesmo que estas estejam inseridas textualmente na Constituição. Aparentemente, o Ministro Relator deixa de lado a distinção por ele próprio apresentada nas páginas iniciais de sua manifestação onde, em correção à própria petição da OAB, distingue o texto legal da norma dele obtida pela interpretação, incidindo em igual equívoco o Ministro Gilmar Mendes ao simplesmente desconsiderar que o regime autoritário não pode ser, desde uma perspectiva democrática, uma espécie de “sujeito constitucional oculto” a limitar politicamente a tomada de decisão soberana do povo. A inclusão textual da anistia da Constituição, mesmo que tivesse ocorrido (o que, como demonstrará o Ministro Lewandowski, não aconteceu), não afastaria a possibilidade de questionamento quanto a sua constitucionalidade material, apenas formal. Aceitar que a EC.º n.º 26/1985 limita o poder constituinte inserindo na Constituição à anistia aos agentes do regime e vedando a possibilidade de revisão desta cláusula por este próprio poder constituinte seria, em última análise, considerar que a própria constituinte tratou-se de uma concessão limitada do regime ao povo, coisa que é francamente incompatível com qualquer ideário democrático, com qualquer teoria constitucional razoável (mesmo que não “constitucionalista”) e, mais especialmente, com o próprio texto expresso na Constituição promulgada em 1988 e nas normas dele extraídas.

Por este motivo e por tantos outros, a este argumento ocorrerão duas oposições radicais, ambas fundadas na mesma concepção de Poder Constituinte.

Primeiramente, referimos o voto da Ministra Carmen Lúcia, que elucida aquilo que deveria ser óbvio a todos: *a constituinte e a constituição por ela proclamada não se confundem com seu ato de chamamento*. Vejamos:

“A alegação de que a Emenda Constitucional n. 26/85 integraria a ordem constitucional formalmente instalada em 5 de outubro de 1988 não me convence,

porque a Constituição de 1988 é Lei Fundamental no sentido de que é fundante e fundadora, logo o que veio antes e que não foi por ela cuidado expressamente para ser mantido não há de merecer o adjetivo de norma integrante do sistema constitucional” (ROCHA: 2010, p.10)

O debate sobre o chamamento da constituinte já se estendeu por centenas de páginas, não cabendo recobrá-lo, destaca-se, de toda sorte, que é corrente a afirmação de que, por mais problemático que tenha sido, tal trabalho inicia-se com a própria constituinte, e não com seu chamamento. Mais uma vez, o texto de Carvalho Netto será bastante elucidativo a este respeito:

“[...] é importante salientarmos que o requisito de legitimidade da emergência de um poder constituinte não reside na ordem constituída, mas fora dela, contra ela. Como vimos, as gramáticas de práticas sociais instituintes dos horizontes de sentido em que levantamos pretensões a novos direitos e propostas organizacionais de nosso viver em comum é que fornecem o substrato de legitimidade necessário à emergência do poder constituinte originário, tornando visível a caducidade das instituições vigentes e apontando para a necessidade da ruptura institucional. O desgaste do regime ditatorial e o movimento pela eleições diretas para Presidente, de início, catalizaram as forças instituintes. A proposta de uma constituinte ganhava sentido no bojo desse movimento que, no entanto, terminou sendo subsumido no acordo das elites com a candidatura Tancredo Neves/José Sarney no colégio eleitoral.” (CARVALHO NETTO, *op.cit.*)

É evidente que o ato formal de chamamento da constituinte *reconhece* um estado de coisas que leva a constituinte, no caso, o fim do regime ditatorial e sua necessária superação por um novo modelo de governo democrático, mas não é o *causador* da constituinte. Daí Carvalho Netto concluir que:

“A legitimidade dessa Constituição não decorreu, é claro, de sua problemática convocatória, a Emenda Constitucional nº 26 à Carta autoritária de 1969, nem tampouco do processo eleitoral marcado pelo clima de continuísmo decorrente da não-exclusividade da Assembléia Constituinte e da adoção de um plano econômico que nos possibilitou viver no melhor dos

mundos até o dia da eleição. Corporificada no Congresso Nacional, na configuração dessa Assembléia alcançaram a condição de membros até mesmo os senadores da ordem autocrática, não eleitos no pleito em que o eleitorado autorizara a realização da Constituinte. No dia da eleição da Constituinte/Congresso nacional, termina o plano cruzado, e até hoje arcamos com o seu alto custo econômico.” (*ibidem*)

Os evidentes problemas do chamamento, que o voto do Relator procura transmigrar para dentro da própria constituição, foram gradualmente sanados pela ampla pressão e posterior participação social na tomada de decisões. É com este processo social, e não com o chamamento por meio da Emenda, que o processo constituinte, até então meramente formal, substancializa-se enquanto verdadeiro processo constitucional.

O argumento de Carvalho Netto, o qual subscrevemos plenamente, é de que o processo social da constituinte é que agregou legitimidade a própria Constituição:

“Na verdade, a grande legitimidade que caracteriza a Constituição de 1998 decorreu de uma via inesperada e, até o momento da eleição da Assembléia Constituinte, bastante implausível. Com a morte do Presidente eleito, Tancredo Neves, e a posse como Presidente do Vice-Presidente eleito, José Sarney, as forças populares mobilizadas pela campanha das “diretas já”, voltaram a sua atenção e interesse de maneira decisiva e para os trabalhos constituintes, então em fase inicial, pois a de organização ou de definição do processo havia acabado de se encerrar. Como resultado dessa renovada atenção, o tradicional processo constituinte pré-ordenado, contra todas as previsões, subitamente não mais pôde ser realizado em razão da enorme mobilização e pressão populares que se seguiram, determinando a queda da denominada comissão de notáveis – a comissão encarregada da elaboração do anteprojeto inicial – e a adoção de uma participativa metodologia de montagem do anteprojeto a partir da coleta de sugestões populares. Canais de participação direta e indireta da sociedade civil organizada terminaram encontrando significativa acolhida no regimento revisto do processo constituinte, o despertar do interesse de todos alimentou e fomentou o aprofundamento dos debates, acompanhados por todo o país todas as noites através da televisão. Foi desse

processo, profundamente democrático, que a Constituição hauriu sua legitimidade original, resultando de uma autêntica manifestação de poder constituinte, em razão do processo adotado.” (*ibidem*)

Tanto o voto de Carmen Lúcia quanto a teorização de Carvalho Netto demonstram o quão artificial e inefetivo é procurar mover no tempo o questionado dispositivo da lei de 1979 para 1985 com o claro objetivo de emprestar a ele uma legitimidade constitucional que sequer existia na própria emenda que fia a operação. Mais ainda, o modo de fazer tal migração do dispositivo para dentro da Constituição gera o terrível efeito de, na prática, reconhecer a legitimidade do regime de exceção, que passa, entre outros, a ter poder decisivo sobre o conteúdo da constituição que se passaria a escrever.

A segunda objeção a este argumento partirá de fundamentação similar a da Ministra Carmen Lúcia, mas levará a questão a suas últimas conseqüências. O Ministro Ricardo Lewandowski afirmará de modo taxativo que”

“[...] a Constituição de 1988, embora pudesse fazê-lo, não ratificou a tal anistia, preferindo concedê-la, em outros termos, para beneficiários distintos, no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias” (LEWANDOWSKI: 2010, p.29).

Ou seja: não apenas a EC n.º 26/85 não empresta a legitimidade constitucional à interpretação dada a lei de anistia, que o voto do relator quase transporta da dimensão argumentativa para a textual, como, ainda, a própria Constituição, essa sim produto de um processo legitimador, é explícita em constituir enquanto anistiados um grupo menor e mais restrito que aqueles que, pretensamente, fora anistiado em 1979 e que incluiria os perpetradores de violações contra os direitos humanos e fundamentais. As teses apresentadas pelos Ministros Lewandowski e Carmen Lúcia, neste sentido, contrapõem – a meu ver de modo irretocável –, a ideia presente na tese do Ministro Mendes, de que o poder constituinte seria, nos termos da EC n.º 26, limitado quanto ao suposto “pacto político” (mesmo que a Ministra Carmen, ao final, considere tal pacto válido por outras razões).

Ao proceder seu julgado no sentido de constitucionalizar por via imprópria a Lei de 1979, o STF acabou somando mais um argumento ao conjunto que vinha articulando neste julgado e que estabelece uma ligação umbilical entre o regime de exceção e o democrático,

tornando ambos analogamente “constitucionais” e, mais ainda, no caso da tese de Mendes, decorrendo a legitimidade da Constituição democrática da carta outorgada pelos militares. Ao reconhecer uma emenda à Carta de 1969 como ato normativo gerador de constitucionalidade, bem como ao negar ilegitimidade (mesmo que parcial) ao Congresso de 1979, o STF estabelece uma perigosa continuidade normativa plena entre a ditadura e o Estado de Direito. Inobstante, tal continuidade enseja um outro problema: se tanto o regime de exceção quanto o democrático são “Estado de Direito”, a matéria da anistia – mesmo que constitucionalizada formalmente –deveria enfrentar o crivo do controle de constitucionalidade material. O voto do relator sinalizou claramente não dispor-se a fazer tal questionamento. O primeiro argumento para tanto já foi exposto, qual seja: a tautológica ideia de que a EC n.º 26/85 constitucionalizou a norma extraída da lei de 1979, coisa que tornaria a mesma “inquestionável”. O segundo argumento, inobstante, é que busca afastar qualquer possibilidade de controle de constitucionalidade da anistia aos torturadores, mesmo após a afirmação ignominiosa da continuidade entre exceção e direito: aplica-se ao caso a ideia de “lei medida”. Com a inserção da ideia de lei medida, será possível acomodar em um mesmo “resultado” – a não revisão interpretativa – dois grupos de argumentos, o da extinção de efeitos da anistia e o da irretroatividade em matéria penal. Ambos serão escrutinados a seguir, na medida em que fundamentam a negativa de jurisdição que o STF dá a si mesmo no caso concreto da anistia.

4.4.5. Temporalidade, separação de poderes e negativa de jurisdição

Uma das mais importantes divergências entre a tese que aqui apresento e a leitura feita pelo STF quando julgou a ADPF 153 diz respeito ao tempo das normas e sua relação concreta com a questão transicional. Na minha hipótese, em contrariedade com a do STF, se estabelece uma descontinuidade ampla entre o regime de exceção e o Estado de Direito, entendendo-se que durante a ditadura o Estado de Direito não deixou de existir substancialmente, mas teve sua efetividade repelida pela força. Isso foi amplamente desenvolvido no capítulo 2 deste estudo, e só é aqui lembrado em função de um argumento comum aos votos do STF, que refiro em brevíssima citação do Ministro Celso Mello: “*não constitui demasia salientar, neste ponto, que o sistema constitucional brasileiro impede que se apliquem leis penais supervenientes mais gravosas*” (MELLO: 2010, p.30).

Procuero enfrentar esta questão, correta em abstrato, desde dois diferentes paradigmas. No primeiro, considero importante aludir que todos os crimes cometidos por agentes de Estado fora da legalidade do próprio regime deveriam ter sido investigados e punidos ao tempo em que ocorreram, como foram os dos resistentes, cabendo, se válida a anistia, receberem tal graça posteriormente. Neste caso, mesmo que aceita a hipótese da anistia (e, no caso, anistia própria, pois o regime nunca descriminalizou as condutas destes agentes), necessário seria o prévio julgamento das violações, como forma de evitar, como visto em passagem anterior do voto do mesmo Ministro Celso Mello, o que a doutrina e a jurisprudência denominam como “anistia em branco”. De outro lado, considerando-se a nulidade da anistia para esse tipo de delito, mesmo que declarada a posteriori, não ocorre em nenhuma medida uma “retroação” penal, mas sim e simplesmente a devida aplicação de um direito sonogado no passado por razões de força, e não de justiça. Esta é, em última análise, uma aplicação da tese da dimensão *restitutiva* do Estado de Direito que conseqüentemente gera efeitos em *retrospectiva*, e não em *retroação*.

Como tal argumentação já foi longamente desenvolvida, não entendo oportuno mais longamente voltar a ela, parece-me apenas relevante referir esta importante divergência entre a leitura aqui apresentada e a tida no Supremo antes de avançar para a questão da negativa de jurisdição do STF quanto a matéria.

Até aqui, pudemos ver como o STF tratou a questão dos crimes políticos e conexos, com a aplicação do método histórico para interpretar a lei de 1979 de modo ampliativo, afirmando sua bilateralidade, mesmo que, conforme afirmou o Ministro Ayres Britto, o que se interpretou não tenha nenhum amparo no texto da lei, e sim apenas nesta “interpretação histórica” propriamente dita, elevada a uma potência sobremaneira normativa. Analisou-se também como a interpretação do Supremo pela recepção da lei de 1979 pela Constituição da República de 1988 deu-se, fundamentada em duas teses, uma, a eminentemente política afirmação de que a bilateralidade fundaria um pacto que fia o processo político que conduziria a uma nova Constituição, sendo, simplesmente, parte de um passado anterior a esta. Outra, mais arriscada, proposta pelo relator, que entende que a anistia seria, em si, a base da democratização no Brasil, não pela mobilização que produziu e seus efeitos no tempo (explorados no capítulo 3 deste estudo), mas sim pelo fato de ter sido repetido seu texto na

emenda constitucional que chama a própria constituinte, servindo esta para inserir um “sujeito constitucional oculto” no processo de feitura da Constituição de 1988.

Tanto numa interpretação da recepção quanto na outra, resta assente o problema da continuidade entre os ordenamentos da ditadura e do Estado de Direito. Se vivemos esta continuidade, é evidente que a lei seria inconstitucional, pois fere preceitos fundamentais. A forma encontrada pela Corte, de afirmar que a anistia deu-se em termos políticos, no passado, seguindo o procedimento previsto à época, sem questionar qualquer destes procedimentos quanto à legitimidade, pode até dar conta de justificar a anistia a seu tempo, mas não a manutenção *de seus efeitos* no tempo. No já várias vezes repisado exemplo Argentino, ao assumir a presidência da República, Raúl Alfonsín externou com clareza que não reconhecia no sistema passado um sistema de Direito, e que o Estado de Direito passava a existir novamente na Argentina naquele momento.

Para contornar esse problema, o voto do Ministro Relator engendrou complexa metodologia. Para evitar que a anistia, inserida em um ordenamento continuado no tempo, tivesse seus efeitos circunscritos em qualquer medida, aplicou a ela categoria de geração de efeitos imediata, de modo a isolar sua funcionalidade a um período determinadamente curto, justificando que, assim, seus resultados esgotaram-se no mesmo dia em que começam a surtir efeitos, não havendo de se falar em controle de constitucionalidade de atos que ocorreram no passado, sob a égide de outra constituição, e esgotaram-se no tempo.

É assim que Eros Grau insere a categoria da lei-medida:

“As leis-medidas (*Massnahmegesetze*) disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas. Consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. [...] O Poder Legislativo não veicula comandos abstratos e gerais quando as edita, fazendo-o na pura execução de certas medidas. Um comando concreto é então emitido, revestindo a forma de norma geral. As *leis-medida* configuram *ato administrativo* completável por agente da Administração, mas trazendo em si mesmas o resultado específico pretendido. Daí que elas são leis apenas em *sentido formal*, não o sendo, contudo, em *sentido material*. Cuida-

se, então, de lei não-norma. (GRAU: 2010, p.37 - grifos no original)

Daí é que Eros Grau extrai a desnecessidade de controle de constitucionalidade do ato frente aos correntes parâmetros de leitura de um Estado Constitucional de Direito:

“A chamada *Lei da anistia* veicula uma decisão política naquele momento -- o momento da transição conciliada de 1979 -- assumida. A Lei n. 6.683 é uma *lei-medida*, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada.” (*ibidem*: p.43 - grifos no original)

Com essa operação, o voto do Relator isola temporalmente a anistia do resto do universo. A anistia é, neste sentido, lei que só pode ser interpretada estritamente conforme a “realidade” da época em que foi editada – e aqui está a fundamentação da hipertrofia analítica do método histórico para a configuração da suposta bilateralidade da lei. Como na época vivíamos em um Estado de exceção, onde o regime concedeu ao povo a anistia que bem entendia, e, sobremaneira, era absolutamente hegemônico, temos de acatar, sem discutir, a interpretação que este mesmo regime deu à anistia.

Com a inserção deste elemento final, o STF fecha a equação da não-reinterpretação da lei, fundada no conjunto de variáveis apresentadas. Na narrativa do STF, a anistia bilateral foi uma conquista da sociedade civil (mesmo que esta não lutasse por isso) e, ainda, um ato de Estado eminentemente circunscrito no tempo que esgota seus efeitos no dia em que surge e que, portanto, só pode ser posteriormente interpretado conforme a “realidade” daquele mesmo tempo. Sobre esta realidade, que o STF não se constringe em classificar como “ditadura”, o elemento mais importante é a verificação de que todos os procedimentos formais estavam ocorrendo normalmente, inclusive os previstos em Atos Institucionais do Poder Executivo, razão pela qual não se há de questionar tal período enquanto tipicamente um Estado de Direito. Menos ainda discutir a legitimidade de qualquer destes atos.

Por todo o posto, o Ministro Relator concluirá que não cabe ao STF emitir qualquer juízo sobre o acordo político que supostamente leva a aprovação da lei e, menos ainda, sobre a interpretação extra-textual que lhe amplia o espectro, uma vez que esta interpretação é

produto monopolizado pela leitura da época, nada tendo o Estado Constitucional de Direito a dizer sobre ela:

“[...] se o que “se procurou”, segundo a inicial [da OAB - ADPF 153], foi a extensão da anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão -- a revisão desse desígnio haveria de ser procedida por quem procurou estende-la aos agentes do Estado encarregados da repressão, isto é, pelo Poder Legislativo. Não pelo Poder Judiciário.” (*ibidem*: p.10)

Essa conclusão enseja diversos questionamentos.

Primeiro, nela encontra-se expressa uma estranha tese de que não caberia controle de constitucionalidade para os atos políticos do Congresso Nacional, mesmo quando estes ferem princípios fundamentais da Constituição.

Segundo, parece que tal tese contraria a lógica da “lei-medida”. Seria então possível retirar os efeitos produzidos em 1979 por tal lei sem que, aí sim, tenhamos retroatividade *in pejus*?

Terceiro, se a lei de anistia é parte da Constituição (por via indireta da EC n.º 26/85), uma alteração legislativa nestes termos seria possível?

Quarto, se a forma de extração da norma é extensiva em relação ao texto legal, seria papel do Poder Legislativo fornecer a interpretação autêntica? Não é o próprio Poder Judiciário capaz de perquerir-se sobre as causas que lhe levaram, não apenas em 1979, mas também nos anos 1980, 1990 e na primeira década deste novo século, a continuamente ampliar os efeitos da lei, da esfera penal para a civil, do período estabelecido para um período ampliado, e assim sucessivamente?

O argumento posto, em verdade, apenas demonstra a dificuldade que o Supremo Tribunal Federal teve para lidar com um tema delicado, demonstrando – coisa que vem ficando patente em diversos julgados – que a democracia brasileira amadureceu em um ritmo

mais veloz que seu judiciário, hoje palco de contradições que ameaçam o próprio Estado de Direito que deveria ser por ele defendido.

A manifestação da Ministra Carmen Lúcia, igualmente em sentido de não revisar a interpretação, bem demonstra a inquietação que este conjunto de contradições guardam:

“O disposto no parágrafo 1º do art. 1º da Lei n. 6683/79 não me parece justo, em especial porque desafia o respeito integral aos direitos humanos. Mas a sua análise conduz-se à conclusão, a que também chegou o Ministro Relator, de que também não pode ser alterado, para os fins propostos, pela via judicial. Nem sempre as leis são justas, embora sejam criadas para que o sejam.” (ROCHA: 2010, p.14)

Novamente, a argumentação do STF causa surpresa, quando não consternação. Mesmo com a atenuação de “violação” para “desafio” no que concerne ao respeito aos direitos humanos, fica patente que a interpretação reiterada pelo Supremo é lesiva aos direitos humanos e fundamentais. Mesmo votando por esta interpretação, os juízes não escondem sequer sua opinião pela potencial injustiça da lei.

Assim, a ideia de lei medida funciona para afastar, pretensamente em definitivo, a possibilidade de revisão judicial de uma lei, mesmo na argumentação daqueles que denegam a tese da recepção da lei por meio de emenda 26, caso da própria Ministra Carmen Lucia, que prossegue em seu voto:

“Nem de longe alguém desconhece toda a carga de ferocidade das torturas, dos homicídios, dos desaparecimentos de pessoas, das lesões gravíssimas praticadas, que precisam ser conhecidas e reconhecidas e, principalmente, responsabilizadas, para que não se repitam. Mas o desfazimento de anistia por lei cujos efeitos se produziram e exauriram num determinado momento histórico não se pode dar pela via judicial pretendida.” (*ibidem*: p.18)

A natureza da tese defendida pelo STF ficará mais clara no parágrafo do voto que segue a este:

“Não tenho como interpretar a norma de 1979 como se nada ou ninguém tivesse ali se comprometido com as finalidades buscadas, permitindo que a sociedade ultrapassasse aquele sofrimento e passasse a outro momento, ainda que com o pagamento caríssimo de, mais que uma anistia, que é resultado de perdão, menos ainda de esquecimento, como normalmente uma anistia é, chegar-se a um acordo que permitiu uma transição institucional. Buscou-se ali uma pacificação no sentido de transpor-se uma etapa para se chegar a paz social, que é fruto de um movimento no sentido de permitir que a vida se refaça.” (*ibidem*: p.18)

O que o STF procurou, de modo as vezes mais explícito, as vezes menos, não foi a busca da melhor solução democrática ou constitucional para o problema, mas sim, como bem ilustra esta última transcrição, a manutenção de um *acordo institucional*. Tristemente tal acordo institucional fora feito à margem de qualquer controle de legalidade (quanto menos de constitucionalidade), pelos donos do poder e, sobretudo, em franco desrespeito a dignidade de milhares de vítimas do regime de exceção. Com sua decisão, o STF repetiu o papel que o judiciário cumpriu durante toda a ditadura: afirmou a institucionalidade e a forma, em flagrante desrespeito à substancialidade do Direito.

4.4.6. A decisão do STF sobre a lei de anistia: entre conservadorismo e reacionarismo

Conforme analisado, a decisão do STF consagra uma versão histórica para o processo transicional brasileiro, afirmando-a por meio de um acórdão judicial. A judicialização desta questão, de si, já é um fato interessante para análise. Ao levar a questão da anistia ao Poder Judiciário a sociedade nele depositou esperança contra a impunidade, porém, conforme anteviu Shapiro em seu estudo generalista sobre o “*judicial review*” (2004), a resposta da Corte foi favorável ao *status quo*, e não a mudança. Neste sentido, é fácil e seguro afirmar que a decisão da corte foi *conservadora* em termos políticos, mas, em termos constitucionais, internacionais e quanto a proteção aos direitos humanos e fundamentais, é bastante plausível sua classificação enquanto *reacionária*.

Apresentei anteriormente uma distinção tipológica entre posições *conservadoras* e *reacionárias* (4.1.1.) que volta a se fazer analiticamente importante aqui. Alguns votos do STF claramente demonstram-se politicamente conservadores, como os da Ministra Carmen Lúcia e do Ministro Celso de Mello, pois procuram afirmar a ordem interna sobre a internacional, bem como garantir alguma “segurança institucional” ao país de modo aparentemente sincero. Outros tendem ao franco reacionarismo em matérias capitais, como a dimensão constitucional da decisão. O voto do Relator Eros Grau e o dos dois ministros que mais enfaticamente o apoiaram no Plenário, Ministros Marco Aurélio Mello e Gilmar Mendes (este último chegou a classificar o voto de Grau na ADPF como o mais brilhante de sua carreira) são excelentes exemplos disso. Ao considerarem a constituinte tutelada pela anistia, no mínimo os juízes regridem a teoria constitucional até o período anterior a Segunda Grande Guerra, quando a proteção aos direitos fundamentais não havia consolidado-se socialmente no ocidente.

Retomando a aludida descrição antes tida, o conservador teme a mudança pois desconhece seus efeitos, o reacionário repele a mudança pois sabe que ela altera a estrutura das coisas, justamente, o *status quo*. Uma eventual revisão da interpretação dada a lei de anistia pelo Poder Judiciário significaria efetivamente qualificar os ditadores e os algozes a seu serviço como “criminosos” e isso teria pelo menos dois efeitos práticos abomináveis para os reacionários: primeiramente, varreria para o lixo da história um conjunto de importantes “personalidades públicas” que fizeram carreira como apoiadores da ditadura, deitando raízes e deixando marcas de sua influência em diversas searas sociais, mais especialmente nas escolas de Direito. Neste sentido, uma revisão interpretativa da lei significaria expor para a sociedade a serviço de que realmente estiveram “notáveis” políticos, juristas, professores, e assim por diante. Evidentemente esse capital humano, considerando-se que o Brasil nunca passou por um processo de depuração (ou *vetting*), segue encorpando fileiras da política nacional, o que significaria que sua deslegitimação pela revisão traria conseqüências diretas para a vida pública corrente. Uma revisão da interpretação dada a lei permitiria a ampla investigação dos fatos ocorridos no passado (talvez de modo muito mais concreto que em uma Comissão da Verdade, que pode jamais obter meios de adesão suficientes para se fazer efetiva), coisa que permitiria um melhor entendimento do presente, especialmente do papel que cumpriram no passado os órgãos de repressão (como as forças armadas) e, ainda, outros espaços, como o próprio Judiciário, que alinhou-se ao regime. Desde uma perspectiva democrática esse

escrutínio é muitíssimo bem vindo, especialmente por possibilitar reformas, mas reformas implicam em mudanças no *status quo* que desestabilizam espaços de poder negociados pelo regime durante a transição.

Em segundo lugar, uma decisão de reinterpretação da lei mudaria o suposto “acordo histórico” que o STF avalizou como fiador da viabilização da constituinte e do próprio processo de democratização. Alterar este suposto acordo significaria enquadrar democraticamente, por meio do Direito, parte significativa da elite política brasileira, que não apenas apoiou o golpe como forneceu meios de sustentação ao regime sob o argumento, repisado pelo Ministro Marco Aurélio, de que a ditadura foi um mal necessário. Ao excluir sua competência para tratar da matéria o STF não prestou deferência ao Poder Legislativo, sabidamente moroso e pouco funcional, mas sim ao conjunto social conservador que, temeroso dos rumos que o país tomaria em 1964, optou pelo rompimento da ordem e da legalidade em defesa de seus interesses privados. Nesse sentido, o STF demonstra imaturidade institucional mas, ao mesmo tempo, sinaliza para importantes atores políticos que não será por ali que se promoverão mudanças democráticas. Essa é claramente uma sinalização reacionária: *uma reação contra o avanço democrático sobre os pontos de isolamento construídos pelo regime antes de seus agentes e apoiadores deixarem o poder*. Agindo desta forma o Supremo alinha-se a um movimento constante na história nacional: mesmo leis democráticas e progressistas recebem por parte do judiciário leituras conservadoras e reacionárias, moduladas pela ótica e o discurso autoritário, inviabilizando mudanças efetivas que a Constituição democrática propugnou. O Direito funciona, assim, como inibidor da mudança social, mesmo que esta mudança seja parte dos objetivos fundantes da ordenação de um Estado constitucional.

Não é demais, neste sentido, afirmar que, a contrário senso do esperado, o STF atuou nesta causa como um limitador não apenas do Estado de Direito, mas também da própria força normativa da Constituição e de sua jurisdição sobre ela. O movimento para tanto foi radical, com um verdadeiro “corte na própria carne”, com a Corte máxima da República denegando sua própria atribuição de guardião da Constituição e devolvendo a questão, performaticamente, ao Poder Legislativo.

Surge, portanto, a pergunta óbvia: *o que pretende-se manter ao dizer que a Constituição de 1988 e o Estado Constitucional de Direito dela decorrente bem convivem com a auto-anistia de crimes contra a humanidade, tida por parte de um poder ilegítimo oriundo de um golpe de Estado?*

A resposta à pergunta óbvia sói ser igualmente óbvia: *a assimetria de tratamento existente no país entre a elite política e o restante da cidadania, manifesta na impunidade das agentes do regime (civis e militares) em relação a seus desmandos, e na percepção já de muito enraizada em alguns setores da sociedade brasileira de que a lei e a justiça aceitam gradações de aplicação de acordo com quem a elas se submete, fato que permanece válido para as elites dirigentes atuais, e não apenas as do regime.* Ao chancelar a interpretação pró-impunidade da anistia de 1979 o STF afirma que a força política daqueles que promoveram o golpe e apossaram-se do Estado é, até hoje, maior do que a vontade democrática e os direitos fundamentais expressos na Constituição, fragilizando os mais basilares pilares de nossa democracia ao afirmar que o regime tutelou, de forma irreversível – segunda a argumentação do Ministro Gilmar Mendes – a própria Constituição. Daí a afirmação de muitos de que a democracia brasileira, desde um ponto de vista ideal, torna-se aberta e permanentemente incompleta em função de tal medida de impunidade (ou mesmo a mais radical afirmação de que, no Brasil, vivemos muito mais um regime eleitoral do que democrático – cf.: COMPARATO: 2010)

Nos termos em que foi posta, mesmo com todos os cuidados tidos pelo Relator, chegando-se mesmo a tentativa de tornar a anistia de 1979 a mãe de nossa democracia, não pela mobilização por ela empreendida, mas pelo ato formal do chamamento à constituinte, a decisão do Supremo Tribunal Federal deixa aberto um conjunto de problemas que procurarei a seguir formular e explorar. Para boa parte destes problemas, mesmo considerada a decisão posta pela Corte, existem saídas progressistas, conservadoras e reacionárias

Problema 1: O STF formulou a tese de que a lei de Anistia de 1979 produziu seus efeitos no tempo, dentro de uma rígida legalidade – da qual podemos discordar, mas que era uma legalidade – configurando-se em lei-medida. A essa tese podemos chamar de *tese do cumprimento do devido processo legal*, para usarmos termos hodiernos.

Tal interpretação depende fundamentalmente da ficção histórica de que desde o início, mesmo que isso jamais tenha sido escrito na lei, propugnava-se uma anistia bilateral. Dezenas de citações trazidas nos votos dos ministros, todas de ilibados homens públicos e grandes juristas, como Dalmo de Abreu Dallari, Tarso Genro e Sepúlveda Pertence, procuram dar prova histórica da ciência da bilateralidade da lei por parte da sociedade, porém, mesmo que desconsiderado o contexto para “negociar” esta bilateralidade, fica o problema de sua legitimidade, que o Supremo procurou não enfrentar, alegando tratar-se de matéria política. A própria negação por parte dos militares da existência de tortura e homicídio nas operações de “segurança nacional” à época dos debates legislativos que conduziram o país a anistia depõe contra a tese, mas vamos assumir para momentaneamente para desenvolver este argumento. Além de aceitar, momentaneamente, este argumento da bilateriidade, igualmente, vamos aceitar a proposição de Grau abaixo expressa:

“[...] o que caracteriza a anistia é sua *objetividade*, o que importa em que esteja referida a um ou mais delitos, não a determinadas pessoas. Liga-se a fatos, não estando direcionada a pessoas determinadas. A anistia é mesmo para ser concedida a pessoas indeterminadas.” (GRAU: 2010, p.13)

Ora, a anistia ao crimes do regime, se “objetiva” e, portanto, abstrata, caracteriza uma anistia em branco, ou seja, exatamente o tipo de anistia que o direito internacional considera invalida por impedir que sequer sejam conhecidos os fatos anistiados como meio de verificar sua adequação ou não a própria regra de anistia. Tendo-se que o devido processo legal deve ser respeitado, o processo de anistia para que seja válido não pode ser *abstrato*. O argumento *conservador* da necessidade do devido processo é aceitável e justo, porém, se válida a auto-anistia àqueles que violaram direitos humanos de forma massiva em nome do Estado, precisamos (I) identificar os delitos dos agentes de estado, (II) abrir inquéritos apuratórios de responsabilidade, (III) processar os acusados, (IV) atribuir-lhes pena, para apenas então, caso incluídos naquilo que a lei de anistia dispõe (V) anistiá-los (essa era, grosso modo, a tese derrotada no Ministro Ricardo Lewandowski). Do contrário, o que temos é impunidade, e não objetividade. Ademais, considerar como correta a tese de que a lei de 1979 atendeu e promoveu o devido processo é atentar contra a isonomia das partes, pois neste caso a anistia para os agentes do Estado teria sido abstrata, sem processo, mas a dos resistentes não, uma vez que estes passaram por todas as cinco etapas acima designadas.

Explicitar a contradição presente neste argumento demonstra que o que sustenta a leitura de manutenção da interpretação dada a lei de 1979, nestes termos, não é o conservadorismo, mas o reacionarismo. Se o objetivo da anistia fora perdoar os crimes e, mais ainda, se estão estes perdoados, porque não se pode submeter os criminosos perdoados ao legítimo devido processo legal, com respeito as garantias fundamentais, no bojo de um Estado de Direito? Mesmo chegando-se a tanto, permaneceria a assimetria na medida em que os perseguidos políticos não foram julgados por um Estado de Direito, e sim pela ditadura, mas, pelo menos, ter-se-ia verdadeiramente um processo jurídico-legal para a concessão da anistia dita bilateral.

Problema 2: A Lei de Anistia foi bi-lateral, “revogar” seus efeitos para um grupo necessariamente implicará na revogação de seus efeitos para todos. Essa tese, como já dito, ganha uma versão mais bem elaborada integrando o conteúdo do *princípio da equidistância*, fartamente empregado nos debates sobre a anistia espanhola e da lei de memória histórica deste mesmo Reino.

Ao reconhecer e legitimar tal princípio, o STF vale-se do Direito para encobrir disfarçadamente uma medida política de impunidade, uma vez que faz parecerem simétricos dois lados que não são e jamais o foram. Grau afirma que a lei de anistia “*não foi ampla plenamente, mas foi seguramente bilateral*” (GRAU: 2010, p.31). Como se efetiva esta bilateralidade na prática?

Brevemente: de um lado estavam agentes de um golpe de Estado que romperam com a Constituição posta derrubando um governo democraticamente eleito e, apropriando-se da máquina do Estado, praticaram crimes contra seus cidadãos sem nenhum amparo jurídico, mesmo dentro do próprio ordenamento de exceção, que nunca previu, por exemplo, a autorização para seus agentes praticarem violações físicas contra os detentos rendidos. De outro, estavam cidadãos insurgentes, que, mesmo se “criminosos”, deveriam sofrer no máximo as imposições da lei (como hoje se faz no Estado de Direito) e jamais a tortura, o desaparecimento forçado e a morte. Comparar os dois grupos, estendendo-lhes as mesmas prerrogativas, é similar a dizer que nazistas e judeus constituíam simplesmente duas forças em disputa durante o holocausto.

Só de ser evidente deste uma perspectiva progressista que promova os direitos fundamentais que o princípio a ser aplicado aqui não é o da equidistância, mas assimetria. Não são iguais os terroristas de estado e os resistentes (concorde-se ou não com suas causas). E esta afirmação é válida mesmo que seja imposta uma leitura de recorte temporal, como a proposta pelo voto do relator com a classificação da anistia como lei-medida. Ora, mesmo em 1979 era latente a desproporção de meios entre resistência e regime. Mesmo em 1979 era possível verificar quem agia ilegalmente em nome do Estado e quem contra ele se insurgia. Importa destacar que, ao contrário do que muitos afirmam, mesmo que os resistentes fossem, efetivamente, terroristas em prol de um regime comunista, persistiria a necessidade de serem tratados conforme as prescrições legais e, ainda mais especialmente, caso efetivamente fosse reconhecido o estado de guerra, como afirmado em diversos dos atos institucionais. É inegável que o Estado, ao violar os direitos de seus cidadãos, engendra-se em algo substancialmente diferente daquilo em que se envolvem os cidadãos quando investem contra o próprio Estado (seja para lutar pela democracia, seja pelo comunismo). O acórdão e a fundamentação do STF, neste sentido, inserem no ordenamento jurídico um princípio que a Constituição da República não consagra: *os fins justificam os meios*. Essa inclusão é medida eminentemente reacionária dado que, uma vez mais, fragiliza a proteção aos direitos fundamentais, aceitando que supostos acordos políticos, que sequer majoritários eram, permitam a denegação de proteção judicial a vítimas de violência estatal.

Problema 3: Sendo a lei de anistia uma lei-medida, com efeitos que ocorrem e se esgotam no momento de sua entrada no ordenamento, como estender sua aplicação para fatos pós-1979, como o atentado frustrado entestado por forças do regime no episódio conhecido como “Rio-Centro” (tido em 1981)? E quanto a extensão da lei para fins civis, como ações de regresso e de responsabilização administrativa? Mais ainda, qual o efeito desta anistia em relação a crimes continuados, como seqüestro e desaparecimento forçado?

A argumentação do Supremo, por responder menos e diferentemente do que lhe fora questionado, deixou de fora estas importantes questões. O judiciário vem sistematicamente, desde a época do regime, ampliando a aplicação da lei para além da esfera penal e, ainda, para além do marco temporal definido. Ações de responsabilidade civil interpostas pelo Ministério Público Federal tem sido rejeitadas dada a efetividade da anistia de 1979. Por tudo isso, resta

um questionamento sobre a medida da limitação que a lei de anistia impõe ao Estado de Direito e o STF reconhece. Um enfoque progressista da questão certamente conduziria, mesmo considerando correta a decisão do STF, a revisão dos casos de ampliação temática e temporal da lei. Mesmo uma visão conservadora pode perfeitamente comportar tal hipótese. Porém, como tratou-se de uma decisão que combina muitos elementos conservadores com poucos elementos reacionários, o Supremo não enfrentou a matéria, questionada tanto em sede de *amicus curiae* quanto em manifestações encaminhadas pela Advocacia-Geral da União, como a do Ministério da Justiça. Na prática, a omissão do Supremo induz o Judiciário, pelo menos por agora, a seguir dando a lei de 1979 a leitura que a ditadura militar construiu ao longo do anos. Dispensável dizer que, na democracia, a afirmação de discursos autoritários prejudica o avanço da formulação de mecanismos de proteção aos direitos humanos e fundamentais e, novamente, caracteriza ato de reação contra a efetivação constitucional plena.

Problema 4: Assim como na questão acima, restou omissa a decisão quanto aos crimes contra a humanidade. Estão estes crimes albergados na Lei de 1979 segundo a interpretação que o Supremo lhes dá?

O Brasil atualmente é réu na Corte Interamericana de Direitos Humanos em função de graves violações contra os Direitos Humanos tidas durante o combate entre o Exército e guerrilheiros do Partido Comunista do Brasil na região do Araguaia na década de 1970 (caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*). A classificação de tais crimes como “contra a humanidade” permite, a priori, seu processamento tanto no Brasil como em tribunais internacionais. Apenas dois votos dialogaram com essa questão durante o processo decisório. O do Ministro Lewandowski, apontando o dever internacional de processar e punir tais delitos, e o do Ministro Celso de Mello, na passagem antes citada (4.4.3), onde defende que a bilateralidade tornaria a lei de 1979 inclassificável como uma auto-anistia ou uma anistia em branco, coisa que, a seu ver, afastaria a jurisprudência da Corte Interamericana sobre o caso, mas nada diz sobre o dever de apurar crimes contra a humanidade.

Aqui, novamente, conservadores e reacionários se misturam, prevalecendo a segunda posição. O conservadorismo judicial brasileiro reduz a efetividade de tratados internacionais, razão pela qual não é a eles estranha a denegação de jurisdição a tribunais estrangeiros. Concomitantemente, a posição reacionário se fortalece, na medida que manifestações como

a do Ministro Celso Mello procuram, ficcionalmente, afastar mesmo o espectro de jurisdição já plenamente reconhecido pelo Estado brasileiro (valendo-se, no caso, do argumento da bilateralidade). Assim, chancela-se não apenas a impunidade como estimula-se o retrocesso na seara do direito internacional dos direitos humanos.

Problema 5: Por fim, já fora do plano eminentemente jurídico, mas sem dele se descolar de pleno, temos o problema da estabilidade institucional. Afinal, é razoável do ponto de vista político o argumento conservador de que não podemos romper com o “acordo institucional” de 1979 sob pena de ameaçarmos o processo democrático e a estabilidade política por ele obtida. Mas cabem duas perguntas: Primeiramente, ainda há risco de rompimento da institucionalidade pelo processamento de tais delitos? Em segundo lugar, manter tal “acordo institucional” que supostamente fia a transição pacífica é interessante para quem? Ou seja: qual é o modelo de estabilidade institucional que deve ser priorizado, o do regime, onde o principal elemento é a ordem a qualquer custo, ou o da democracia, que aceita riscos e divergências como parte inerente do processo de composição pluralística da sociedade?

Somente democracias consolidadas são capazes de olhar para seu passado, superá-lo e com ele aprender, sem medo que a reflexão gere conflitos ou novas rupturas. É fundada nesta noção, inclusive, que está a ideia de imprescritibilidade. Alguns crimes, dada a sua natureza, só podem ser cometidos em contextos de absoluta ausência de um Estado de Direito, e esses crimes só podem receber apuração e justiça na plenitude da refundação democrática. Se o Brasil não é capaz de julgar seus crimes de exceção e reconhecer seus erros, deixando amadurecer suas instituições, é porque ainda não atingiu, efetivamente, sua maturidade democrática. Não é compatível com uma democracia constitucional que determinados temas sejam excluídos do âmbito de atuação do judiciário. Lidar com o passado, especialmente com os legados autoritários, é algo que todas as sociedades fazem como fato, mas que as democracias fazem como dever.

Esse receito em lidar com o passado pode, sim, ter raízes apenas conservadoras. É razoável o temo de descontinuidades institucionais em um país com tradição política como a brasileira. Inobstante, é reacionário o argumento de que não se pode, pela via judicial, rever um suposto acordo político do passado. É reacionário pois promove evidente retrocesso da

jurisdição constitucional e da esfera de atuação do controle de constitucionalidade que, por excelência, não pode ser limitado aprioristicamente.

Por todo este conjunto de causas, considerando os referenciais teóricos elegidos e construídos neste estudo, resta patente o caráter reacionário da decisão do STF. A decisão, em última análise, abarca um conjunto de argumentos conservadores (muitos dos quais legítimos), porém soma-os a fundamentações reacionárias, servindo a decisão como barreira não apenas para a proteção judicial das vítimas da ditadura, mas também para todo um conjunto de mecanismos de afirmação constitucional, como o controle de constitucionalidade; de defesa dos direitos humanos, como os tratados internacionais; e mesmo de defesa da democracia, na medida em que estabelece uma perigosa continuidade formal (mas que pretende-se material) entre o Estado de exceção e o regime democrático.

A decisão do STF faz com que o Brasil afaste-se do modelo internacional de responsabilização pós-regimes de exceção, tornando a justiça para com as graves violações praticadas contra os direitos humanos e fundamentais praticamente impossível no país. Essa posição tende a ser desafiada, tanto em tribunais internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, quanto em tribunais nacionais, por via de ações que explorem as omissões da sentença. De toda sorte, para o perfilamento do modelo brasileiro de justiça de transição, resta caracterizada a denegação da possibilidade da justiça, somando-se a ela uma triste qualificação: se no passado a impunidade era produto do arbítrio da ditadura, hoje encontra-se legitimada por um tribunal constitucional livre, em um Estado de Direito.

4.5. O Estado criminoso e a responsabilização abstrata: o modelo transicional brasileiro

Como demonstrado ao longo de todo este quarto capítulo, o processo de democratização brasileiro, fundando em uma transição por transformação típica da terceira onda, configurou ao longo das últimas três décadas num modelo de justiça transicional (doravante apenas “modelo transicional”) bastante ímpar e peculiar. Traduzindo imagetivamente o desenvolvimento de tal modelo, teríamos um gráfico cujo o eixo fixo é a assunção de responsabilidade extraordinária do Estado pelos atos criminosos de seus agentes,

que figuram protegidos por cláusulas que ultrapassam a impunidade e configuram mesmo uma forma de pleno anonimato. Esse eixo fixo da responsabilidade estatal onera o Estado brasileiro, que passa a reconhecer-se não enquanto entidade política que, em dado contexto histórico, fora aparelhada para fins criminosos, mas sim como um Estado criminoso propriamente dito.

O reconhecimento da responsabilidade estatal pelos crimes da ditadura encontra-se presente nas duas leis de reparação, de 1995 e 2002, bem como assente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADIn. nº 2.639/PR). Nesse sentido, é certo que o modelo transicional brasileiro tem, em seu eixo fixo, muitíssimo bem caracterizada a marca da responsabilidade, mas também a marca da impunidade. A aceitação pelo mundo jurídico da ideia de um Estado criminoso igualmente resta assente. Como vimos, em nenhum momento o Supremo Tribunal Federal procurou, de forma efetiva, estabelecer uma descontinuidade entre a ditadura e o Estado de Direito, incorporando o espólio do regime de exceção ao acervo democrático, inclusive procurando estabelecer mecanismos formais para garantir que um ato francamente ilegal e ilegítimo, que fora a anistia de 1979 para crimes de lesa humanidade, seja incorporado no ordenamento de maneira inovadora, excluído de qualquer possibilidade de controle por parte do judiciário.

O eixo variável da representação imagética que procuro aqui construir estrutura-se, mormente, desde as políticas de reparação. Como afirmado, o processo de reforma das instituições no Brasil ocorre quase que a revelia de qualquer reflexão transicional. É, de fato, produto inercial do grande movimento social e democrático que produziu a Constituição de 1988 e lhe emprestou legitimidade apesar de todos os vícios de chamamento e procedimento. Já o processo reparatório ocorre de forma deliberadamente transicional. Os paradoxos típicos de nossa transição, como visto, fazem com que setores contrários ao processo reparatório insurjam-se contra ele por o lerem como um extremamente oneroso “cala boca” as vítimas, mas foi o trabalho diuturno da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (CEMDP), criada em 1995, e da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, criada em 2001, que permitiram a um universo de mais de 70 mil perseguidos políticos promoverem um re-encontro com o Estado que violou seus direitos

É também este trabalho que permite o surgimento e consolidação do direito à memória e à verdade, que é, portanto, produto originalmente derivado do processo reparatório no Brasil. O mais importante marco afirmativo de tal direito é o homônimo relatório produzido pela CEMDP, que constitui-se no mais importante documento oficial sobre a prática de torturas, mortes e desaparecimentos forçados no Brasil, apesar de seu universo infinitamente menor que o do projeto Brasil Nunca Mais, que de outra mão não possuía chancela estatal. Ainda, o mais rico acervo sobre a ditadura militar no Brasil foi constituído pela Comissão de Anistia do Ministério da Justiça em seu processo reparatório. Composto por mais de 70 mil dossiês individuais, que reúnem documentação oficial e relatos dos perseguidos, além de centenas de horas de áudio e vídeo de sessões de julgamento e de depoimentos de perseguidos políticos, o acervo da Comissão ainda é enriquecido por centenas de livros de relatos e crônicas do período, produzidos por perseguidos individualmente e em grupo, além de diversos recursos multimídia.

O trabalho das comissões de reparação deu visibilidade a um amplo espectro de violações a direitos fundamentais que a sociedade brasileira, grosso modo, desconhecia, permitindo não apenas a apropriação deste tema como também sua interconexão com outras pautas de defesa dos direitos humanos. A afirmação do direito à memória e à verdade, somada com esta reativação da sociedade entorno do tema da transição, produziu tamanho desenvolvimento, social e institucional, a ponto de tal direito ser hoje o canal de ação de entidades importantes como o Ministério Público Federal na seara transicional. Ademais, a possibilidade de criação de uma Comissão da Verdade pode, se bem explorada, produzir ainda mais avanços.

Considerando a ênfase no processo reparatório e a tendência inversa à internacional no quesito responsabilização, com a anuência oficial em substituição a responsabilização individual, soa tentador adotar uma argumentação de que a justiça transicional brasileira monetarizou a resistência ao regime, especialmente se considerada a altíssima soma já gasta pelo Estado para indenizar vítimas da ditadura, mas tal argumento é falho.

A origem de tal processo, ao contrário do que um olhar mais apressado possa indicar, não é uma monetarização, mas sim o diferente nível de mobilização e capacidade operacional de diferentes grupos de prejudicados pela ditadura. A primeira comissão de reparação

brasileira, focada nos mortos e desaparecidos, realizou seu trabalho com orçamento modesto mas suficiente para a reparação do pequeno número de casos enquadrados nesta categoria. De outro lado, foi o trabalho da Comissão de Anistia que ensejou reflexões sobre esta hipótese, uma vez que o volume de casos, se comparado com a comissão sobre mortos e desaparecidos, eleva-se de 500 para 70 mil. Enquanto a CEMDP é criada para atender as famílias das vítimas fatais, a Comissão de Anistia é criada para atender a todo conjunto de perseguidos políticos. Considerando que a forma de perseguição mais comum era a perseguição laboral, resta evidente que grupos de pressão vinculados a sindicatos e associações afins exerceram ampla pressão junto ao Poder Público para aprovar legislação compatível com perdas desta natureza. Desta feita, o que ocorre é muito mais um ajustamento estrutural do processo reparatório ao tipo de perseguição impingida do que uma monetarização do sofrimento das vítimas.

Dadas as proporções do processo reparatório promovido pela Comissão de Anistia, tanto no que concerne ao número de casos, quanto as formas de reparação empreendidas (confira-se o quadro 06 do item 4.2.), acaba sendo ela, igualmente, o eixo-estruturante dos processos de retomada da confiança cívica dos cidadãos violados para com o Estado. O processo de reparação passa a cumprir, desta forma, um importante papel de reparação moral, o que afasta ainda mais a hipótese de monetarização, especialmente se levarmos em conta que apenas um em cada três processos nos quais é concedida anistia igualmente cumula-se alguma forma de provento econômico.

Configura-se, neste sentido, um modelo transicional onde a ênfase é dada às vítimas, não aos perpetradores, apesar da evidente distorção latente na denegação de proteção judicial destas vítimas frente a seus algozes. O modelo transicional brasileiro caracteriza-se, portanto, (i) pela responsabilidade abstrata do Estado, (ii) pela ênfase na reparação às vítimas e seus familiares, (iii) por uma construção fragmentária da memória e, sobretudo, (iv) pela presença de fortes paradoxos sociais que permitem a persistência e reprodução de versões ficcionais do passado que, até o presente, melhor disputam a história oficial do que as concorrentes versões que vem sendo produzidas pelos resistentes.

Esse modelo pode, nos próximos anos, sofrer novos desenvolvimentos, basicamente em função de quatro possíveis cenários se consolidarem: (i) um eventual refluxo no processo

reparatório; (ii) o julgamento do Brasil por tribunal internacional em função de suas leis de impunidade; (iii) a criação de uma Comissão da Verdade; (iv) a abertura de ações inovadoras junto ao judiciário nacional. No primeiro caso, a consolidação da possibilidade conduziria o processo transicional fatalmente a um retrocesso, nos demais três o campo de ação dos atores transicionais é, a priori, propício tanto a avanços quanto a derrotas. Vejamos.

Em período recente o processo reparatório, que vinha se consolidando na última década e poderá concluir seus trabalhos na próxima, sofreu severo revés com decisão do Tribunal de Contas da União que estabelece analogia entre as reparações e as pensões pagas a inativos pela União. Tal leitura, hoje sob questionamento, de si já implica em retrocesso nas medidas transicionais, uma vez que altera a natureza da *reparação* para um *benefício*, transmutando o dever do Estado em indenizar em uma forma pouco usual de auxílio previdenciário. Ademais, a consolidação de tal entendimento retira do órgão plural e colegiado criado pela Lei n.º 10.559/2002 e do Ministro de Estado da Justiça o poder de apreciar terminativamente os pedidos de reparação no âmbito do Poder Executivo. Em promovendo tal feito, o julgamento político substitui-se por um julgamento técnico, inapropriado para os fins que se pretende atingir com a anistia e a reparação, que evidentemente vão além da fixação de um eventual pagamento econômico.

O julgamento do Estado brasileiro em um tribunal internacional pode desafiar a exceção conferida pelo Supremo Tribunal Federal à norma global de responsabilização que vem se consolidando mundialmente. Configurada esta hipótese, tanto seria cabível uma revisão da sentença do STF com a derrogação da interpretação legal que sustenta a norma de impunidade, quanto a omissão estatal frente a sentença. Neste segundo caso, ocorreria apenas uma condenação moral, sem maiores efeitos práticos, mas com enorme peso simbólico. De outro lado, a eventual absolvição do Brasil por cortes internacionais, mais especialmente pelo Corte Interamericana de Direitos Humanos, legitimaria parte das teses defendidas sobre o eventual “acordo político”. Embora nefasta para os direitos humanos, especialmente por consagrar uma ficção, coisa que parece em si lesiva ao direito à memória e à verdade, tal possibilidade abriria interessante exceção permissiva à regra global de responsabilidade, tornando mais respaldada a opção brasileira pela responsabilização abstrata, coisa que ensejaria um ramo completamente novo de estudos.

A criação de um Comissão de Verdade, assim como o processamento internacional do Estado brasileiro, pode produzir desdobramentos positivos ou negativos para o modelo transicional. Seu sucesso poderia permitir a localização de arquivos fundamentais para a compreensão do período da repressão, ampliar o processo de reconciliação estatal com as vítimas e, sobremaneira, formular uma narrativa concorrente àquela que vem sendo remasterizada desde a ditadura e que é amplamente incorporada na memória institucional do país. O êxito neste último aspecto singular já seria suficiente para justificar a existência de uma Comissão da Verdade. Inobstante, o fracasso da empresa poderia deslegitimar de modo fatal os movimentos que afirmam a existência de arquivos secretos em mãos de particulares e, mais especificamente, a ausência de “meios de troca” que estimulem os agentes de Estado e seus colaboradores a envolverem-se com os trabalhos da Comissão podem levar os resultados finais produzidos pela mesma a um quadro de ampla deslegitimação, o que seria crítico para o processo transicional.

Finalmente, ações judiciais ainda podem desafiar o modelo de impunidade individual e responsabilização abstrata do Estado. Juízes singulares podem, valendo-se de instrumentos internacionais, promover interpretações distintas porém não colidentes com a do STF. Ações que explorem omissões da decisão, como quanto ao lapso temporal pós-1979, igualmente podem ser propostas e, especialmente, o Ministério Público Federal tem atuado em duas searas com capacidade de modificar o quadro de responsabilização abstrata: ações civis declaratórias e ações de regresso dos valores pagos a título de responsabilização. Se exitosas essas medidas, mesmo que tidas na esfera civil, estar-se-á a promover algum grau de responsabilização individual, devolvendo o Brasil, mesmo que por meios impróprios, ao fluxo internacional que apregoa a responsabilização dos agentes, e não do Estado.

Evidentemente a tais variáveis outras podem se somar a qualquer tempo, porém, no curto prazo, as quatro características centrais do processo transicional brasileiro antes apontadas parecem consolidadas. O fortalecimento democrático certamente levará a um amadurecimento institucional, que combinado com a elevação do nível de mobilização social, poderá gerar aprofundamento de medidas transicionais. Os maiores obstáculos, evidentemente, seguem sendo os paradoxos da transição sem ruptura, e somente um vertiginoso fortalecimento do direito à memória e à verdade pode levar a uma reversão social deste quadro de enraizamento da semântica produzida pelo regime de exceção. Condenações

internacionais podem ter um grande impacto estratégico, mas alterações mais profundas na mentalidade e na cultura nacionais sobre a repressão dependem, centralmente, do desenvolvimento e difusão de memórias sociais pró-democráticas que incidam na formação da opinião pública sobre o tema e na desmistificação do período autoritário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste estudo creio tenha restado claro o porque da vinculação estabelecida entre justiça de transição e constitucionalismo. Mais ainda, creio tenha restado demonstrado como a justiça de transição pode contribuir para o fortalecimento do estado constitucional de direito em países que tentam superar o espólio autoritário. Enquanto prática dinâmica, a justiça de transição tem a capacidade de mobilizar variados atores sociais e institucionais, fortalecendo uma consciência democrática que se opõe àquilo que defini como um “senso comum autoritário” e, desta forma, contribui para a afirmação de seu oposto: *um senso comum democrático*.

A ideia de “democracia” – objeto da justiça de transição–, restou complexificada pela aproximação com o constitucionalismo. Ao definir que apenas um estado capaz de compatibilizar democracia e direitos fundamentais é, efetivamente, uma democracia constitucional. É assim que, em um único movimento, obtêm-se um referencial de patamar mínimo sobre quais são as *condições* para a democracia, acrescentando ao elenco já produzido pelos teóricos da democratização sobre as características de um regime minimamente democrático a necessidade de respeito aos direitos humanos e fundamentais e, ainda, fixando-se os próprios *termos-limite* da democracia, que não pode, justamente, insurgir-se contra estas mesmas garantias.

Partindo desta equação é que torna-se possível conceituar, tanto *negativa* quanto *positivamente*, o conteúdo mínimo do que entendemos por Estado de Direito e, de posse de um conceito materialmente significativo, verificar o impacto e a necessidade de adoção de medidas transicionais. A conceituação positiva de Estado de Direito garante, para o futuro, referenciais de leitura da Constituição e do Direito como um todo, enquanto a conceituação negativa nos permite olhar para o passado e verificar os momentos de ausência de Estado de

Direito. Estes dois olhares, para o passado e para o futuro, é que dimensionam as medidas de justiça transicional.

A justiça transicional olha para o futuro na expectativa de reformar instituições, promover aprimoramento dos mecanismos democráticos, promover juízos críticos em relação à violência e, especialmente, fortalecer e ampliar o número de instituições independentes – nacionais e internacionais – que possam ser ativadas para evitar ou sanar violações aos direitos humanos. Quanto olha para o passado, a justiça de transição identifica violações, seus perpetradores e os processos que as viabilizaram. Detêm-se nas violações com o intuito reparador, nos perpetradores com o intuito de promover justiça – não necessariamente justiça penal – e detêm-se nos processos para torná-los públicos, auxiliando no trabalho futuro de reforma das instituições mas, especialmente, no fomento de uma nova cultura de repúdio ao estado de fato e ao arbítrio do poder.

Esta distinção expressa na duplicidade de sentidos da noção de Estado de Direito, que alonga-se em retrospectiva e em perspectiva, permitiu afastar duas questões problemáticas que rondam a justiça de transição desde seu início: a justiça dos vitoriosos e a retroação penal. O fantasma da justiça dos vitoriosos, especialmente depois dos julgamentos de Tóquio após a Segunda Grande Guerra, assombra as instituições responsáveis pela justiça de transição, temerosas de perderem legitimidade ao consagrarem, justo conforme criticam, a utilização da força e não do direito para o processamento e decisão de demandas. A ideia de retroação penal, limitadora do marco legal da justiça de transição, conforme demonstrado, pode tanto ser afastada com a aplicação do devido processo em retrospectiva, quanto, quando cabível, substituída por outras alternativas de justiça. Ao fixar critérios substantivos, que permitem a identificação, pela via negativa, da adoção por um regime de medidas contrárias ao Estado de Direito, fundamenta-se não apenas a crítica a este regime, mas também a construção de medidas de justiça, reparação e reformas.

Não penso, com isso, que se tenha resolvido o problema da fixação de critérios em foro de justiça transicional. Fixar critérios é sempre incluir algumas coisas e excluir outras, mas a formulação de uma perspectiva jurídica, abrangente e, ainda, fundada em teoria do direito e da constituição corrente para o enfrentamento das questões transicionais permite, pelo menos, abrir vias de escape ante as argumentações circulares e aporéticas que muitas

vezes marcam os processos de transição, onde o direito, carente de critérios “legais e objetivos” acaba por fechar-se em um círculo tautológico onde parece nada ter a dizer sobre o passado, por mais abominável que ele seja.

Ainda, uma formulação desta natureza torna mais claros os termos do debate que está posto e, especialmente, os termos das divergências existentes entre os diferentes teóricos e juristas que atuam no campo transicional. Como visto em muitas das contestações que procurei enfrentar de modo o mais honesto e franco possível ao longo deste estudo, muitas destas diferenças dizem respeito diretamente a concepções sobre o que seja o direito e a justiça, e, por consequência, o que vem a ser o estado de direito e a justiça de transição. Esse tipo de divergência macro-teórica resta evidente, por exemplo, no tratamento de questões como a existência de uma “justiça legal pura” ou a possibilidade de uma “justiça de transição para uma ditadura”. Estas teses são, segundo a perspectiva teórica adotada, absolutamente insubistentes, não por serem simplesmente “equivocadas”, mas por tratarem de coisas distintas daquelas que a justiça de transição, no sentido aqui delimitado, trata.

Ainda sobre as contribuições teóricas do estudo, acredito ter sido fundamental a discussão – que ainda deve e precisa ser muito ampliada em estudos futuros – sobre o papel dos mecanismos simbólicos na justiça de transição, especialmente no que diz respeito ao universo de conceitos e classificações que os próprios regimes formulam num ambiente onde não há qualquer forma de controle sobre eles e, no qual, mais ainda, o próprio regime controla mecanismos fundamentais de formação da opinião pública, como a imprensa. Essa questão, como ficou evidente no estudo de caso sobre o Brasil, é ainda mais relevante quando das transições por transformação da terceira onda, onde o regime controla inclusive a transição para a democracia. Como demonstrado, esses mecanismos simbólicos ganham concreção material quando da aplicação do direito, uma vez que as categorias vazias do texto jurídico precisam ser interpretadas em conexão com “fatos”, mas que estes fatos de si já são “fatos interpretados”, como no caso basilar da ação armada que será, desde uma classificação factual, uma “expropriação revolucionária contra o regime” e, desde outra, um “crime de assalto à banco por parte de uma organização criminosa”. Essa questão reverbera em todas as dimensões da justiça de transição, uma vez que os fatos, soltos no mundo, não constituem de si “as vítimas”, “os algozes”, “os crimes”, e assim por diante.

Esta aproximação da análise do caractere cultural singular do processo brasileiro com as características dos macro-processos sócio-políticos característicos da terceira onda também demonstra a importância do aprofundamento do intercâmbio entre o direito e a teoria jurídica e as demais ciências sociais. Como dito e demonstrado, os estudos das ciências sociais, inicialmente no campo da democratização, depois na própria seara da justiça de transição, encontram-se muito mais desenvolvidos que os estudos jurídicos, que precisam urgentemente incorporar tais avanços para a produção de novas macro-teorias e, ainda mais especialmente, o desenvolvimento de sub-campos investigativos que possam dialogar entre si de modo coordenado (e não aleatório). A carência de uma maior quantidade destes estudos é de si evidente e agrava-se ainda mais quando consideradas as barreiras lingüísticas e, ainda, a própria cultura jurídica, muitas vezes avessa a sair de seu feudo nacional, onde as respostas tautológicas agradam uma platéia inerte.

A segunda parte do estudo, ao colocar a teoria desenvolvida em funcionamento, produziu interessantes resultados, que vão desde a constatação – a priori impensada em termos abstratos – de que no Brasil a justiça de transição tem como eixo não a justiça ou a memória e verdade, mas sim a reparação, até a constatação de modos operativos do sistema simbólico produzido pela ditadura no presente, evidenciada tanto no discurso “dos dois lados” em conflito, como, e mais especialmente, na assustadora incorporação do discurso ideológico da Guerra Fria por alguns ministros do Supremo Tribunal Federal, fazendo perceber-se o equívoco constante na corriqueira afirmação de que já há suficiente consenso sobre a superação da divisão entre liberais e comunistas entorno da prevalência do Estado de Direito, composto da soma entre democracia e direitos fundamentais e independente da modelagem econômica adotada pelo Estado.

A divisão da história da democratização em três períodos foi fundamental para a sustentação de tais considerações e a demonstração das hipóteses formuladas, não por inovar nem na apresentação histórica, nem na análise política – em ambos os casos é farta bibliografia específica de muito melhor qualidade que a aqui produzida – mas sim por integrar diferentes análises que viabilizam contestar argumentos apresentados como fatos notórios mas que, cotejados, demonstram-se verdadeiras peças de ficção, como a tese por alguns defendida de que “a sociedade” defendia uma anistia bilateral, enquanto, na prática, a sociedade que se organiza e fora as ruas almejava um anistia “ampla, geral e irrestrita” para os perseguidos

políticos, coisa que ademais lhe foi negada pelo regime. Somente voltando ao primeiro período do processo, tido em meadas da década de 1970 e encerrado, simbolicamente, com a greve de fome dos presos políticos e a aprovação da lei de anistia do regime, é que se pode efetivamente localizar os atores do processo social. Identificar atores institucionais da época, como a Ordem dos Advogados do Brasil em seu notório parecer favorável à anistia, como agentes legítimos e legitimadores deste processo não é equivocado, mas igualmente não é correto, uma vez que a OAB não é nem fala em nome “da sociedade”, ademais de estar tão imbricada quanto os demais agentes no paradoxo da vitória de todos que insurgia naquele momento. Mais ainda, com a análise das características típicas da segunda fase do processo, com a migração da luta pela anistia para uma luta ampliada pela redemocratização, fica fácil localizar as razões estratégicas que levam tanto os atores sociais propriamente ditos, quanto os atores institucionais, a adotarem medidas *estratégicas* e não *comunicativas* (ou, para sair da linguagem habermasiana, *genuínas*) durante os debates pela aprovação da anistia.

É apenas na terceira fase do processo transicional, onde deixa-se o plano da *contingência* e avança-se para o plano da *substancialização do processo democrático em um processo constitucional*, que supera-se a pauta da democratização e passa-se a poder tratar, abertamente, da pauta da justiça de transição. Como esta fase só é possível após o término do regime e, considerando a longa duração da transição “lenta, segura e gradual”, tem-se aqui a detecção de um dos mais importantes caracteres configuradores da noção de que, no Brasil, existe uma “justiça transicional tardia”. A análise da migração dos *movimentos sociais clássicos* para os *novos movimentos sociais*, da amplíssima pluralização de pautas políticas durante a constituinte e do isolamento do movimento de familiares de mortos e desaparecidos políticos durante o regime democrático permitiu, por sua vez, agregar novos caracteres que ajudam não apenas a demonstrar a razão desta justiça tardia como, e mais especialmente, a identificar as causas do desenvolvimento peculiar de nossa justiça transicional entorno da pauta da reparação, dela se desdobrando as demais.

Se a longa transição, de si, seria suficiente para justificar em parte a aparente letargia da sociedade brasileira quanto a pauta transicional, somente com a agregação destes outros fatores é que pode-se, efetivamente, compreender que tal letargia diz muito mais respeito ao engajamento dos antigos atores em outras pautas que a um eventual “esquecimento” desta e, sobremaneira, explica porque a “baixa demanda” por justiça transicional sofre alterações

quase vinte anos após o fim da ditadura, quando o trabalho das comissões de reparação reativa redes, interconecta atores, dá visibilidade à causa e enseja o engajamento de novos atores para a disputa dos campos político e jurídico pela ampliação dos direitos decorrentes da transição, especialmente o direito à memória e à verdade e a busca por justiça e responsabilização individual.

A questão da responsabilização, ademais, igualmente permitiu importantes conclusões, tidas na parte final do estudo. Se a reparação é, indubitavelmente, o eixo-condutor da justiça de transição brasileira, a segunda característica-chave é, sem nenhuma dúvida, a assunção pelo Estado de responsabilidade pelos crimes, consignada no dever de reparar. O mais interessante aqui é que, independentemente de desdobramentos futuros, os três poderes do Estado já assumiram tal postura, inclusive com a consolidação jurisprudencial no STF da tese da “*responsabilidade extraordinário do Estado*”. Adotando esta posição o Estado brasileiro não apenas afasta-se da regra global de responsabilidade individual construída pela doutrina e pela jurisprudência internacional e comparada como, ainda, assume para si um relevante ônus ético pelo passado de arbítrio, assumindo como seu o legado de violações aos direitos humanos tido na ditadura. Ainda, transfere a problemática da responsabilidade penal para o plano da responsabilidade civil, num duplo movimento que faz a responsabilidade penal individual diluir-se numa responsabilidade civil estatal. Tal posição, apesar de consolidada, passa na atualidade a ser desafiada por um conjunto de ações do Ministério Público Federal, que busca regresso aos cofres públicos dos valores pagos à título de reparação, a serem cobrados dos perpetradores das violações. A aceitação desta demanda pelo judiciário poderá ensejar importantes desdobramentos para o modelo, na medida em que levaria aos extremo as contradições deste duplo movimento tão peculiar a nossa transição.

Por sua vez, a atuação do judiciário e, notadamente, do Supremo Tribunal Federal, confirmou o posto pela mais pessimista literatura sobre o *judicial review* pós-transicional. Ao manifestar-se sobre a validade da interpretação da anistia aos torturadores, o STF acabou por embaralhar argumentos, concedeu *status* de fato histórico a interpretações contextuais bastante discutíveis – e que, mais que tudo, não faziam parte do questionamento posto –, afastou sua própria jurisdição, e, incidentalmente, inaugurou um novo momento seu (que poderá ou não, para fins históricos, consolidar-se em uma fase) onde as divergências entre os ministros, a dificuldade em formular consensos minimamente estáveis e fundamentados e,

finalmente, a politização da atividade judicial (via “ativismo seletivo”), geram um ambiente de confrontação que em pouco contribui para a tentativa ainda incipiente do país em consolidar um modelo de controle de constitucionalidade funcional, legítimo e adequado aos tempos democráticos e pluralistas.

Se o ativismo judicial é um fato dado – e as vezes apropriado pelos estrategistas transicionais –, é também um fato que sua utilização pode adotar um perfil progressista, conservador ou reacionário. Considerando que o *status quo* de um período pós-transição por transformação é, notadamente, o *status quo* da ditadura, é que se esperar do STF uma postura progressista que consolide justamente a Constituição que rompe com o autoritarismo. Infelizmente, como visto – e sopesadas todas as vicissitudes técnicas –, as posturas dentro da corte alternaram-se, majoritariamente, entre conservadoras e reacionárias.

De um lado, um conjunto de argumentos conservadores foram levantados contra uma eventual revisão interpretativa da lei pois esta feriria o “acordo institucional” de 1979. De outra, a possibilidade de, por meio de revisão constitucional, adotar-se uma leitura histórica que democratiza os fundamentos da constituição, acionou um conjunto de posturas reacionárias, em defesa tanto do golpe de estado de 1964, quanto da legitimidade do regime militar, culminando numa leitura desconstitutiva de toda a melhor doutrina sobre o poder constituinte e os direitos fundamentais que não apenas estabelece uma ligação direta entre a ditadura e a democracia, turvando suas distinções explícitas, como – e eis aqui o mais grave – renova a ideia aparentemente já superada (e de toda sorte anacrônica) de que a constituinte e a Constituição dela derivada seriam nada mais nada menos que uma concessão, limitada materialmente, do regime militar ao povo brasileiro.

A postura reacionária da mais alta corte da República, somada a assunção de responsabilidade dos crimes pelo Estado e com a não retratação pública ante a sociedade das instituições envolvidas no golpe e na repressão, faz demonstrar como as estruturas de poder constituídas pela ditadura continuam ainda muito presentes. É certo que a semântica da repressão, reativada para fins do julgamento do Supremo, possui capacidade de mobilização, mas minha hipótese para este caso é que o conjunto de fatores mobilizados para a manutenção do dispositivo de impunidade e das interpretações a ele conexas não é produto apenas desta mobilização ideológica espontânea, mas também da engendração de outros mecanismos reais

de poder – hipótese esta que o estudo levanta, embora não possua meios presentes para demonstrar.

Em atenção ao objetivo eleito, procurei apresentar um amplíssimo estudo de caso, vinculado a formulação de uma teoria abrangente. O resultado obtido me parece, neste sentido, satisfatório, consideradas as limitações próprias à construção tanto de uma teoria abrangente, quanto de um estudo de caso amplo. Entendo que para fins específicos, tanto uma teorização mais restrita quanto um recorte de caso menor, porém em maior profundidade, poderiam ter sido igualmente interessantes. Inobstante saber que a escolha do tema amplo implicou na necessidade de não contemplar muitas outras discussões relevantes para pontos específicos, bem como que a extensão do estudo de caso as quatro dimensões concretas da justiça de transição brasileira conduziu-me a priorizar exemplos e hipóteses entre um amplo conjunto disponível, acredito que a contribuição de uma teorização ampla e geral enseja, para o futuro, a possibilidade de desenvolvimento de um conjunto mais alargado de novas pesquisas, bem como viabiliza a leitura e crítica do estudo por um público mais sortido, mesmo dentro do campo jurídico. Neste sentido, acredito que a teorização formulada, por não ser estanque ou definitiva, enseja novos diálogos e re-elaborações, enquanto as conclusões extraídas da pesquisa com o caso concreto, muito mais centradas na solução de questões norteadoras do que, propriamente, na elucidação de uma hipótese, permitiram construir uma boa descrição para o “modelo transicional brasileiro”, explorando tanto seus pontos fortes, como os paradoxos que o fazem singular.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Paulo (2009). Tortura não tem anistia. In: **O Globo**, Rio de Janeiro, 15 de setembro de 2009.

ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (2009-A). Direitos sociais positivos e direitos sociais efetivos: o projeto brasileiro para a diminuição da exclusão social. In: **Revista OABRJ**. Rio de Janeiro: Ordem dos Advogados do Brasil, v. 25, n.º 1, jan.-jun. de 2009, pp. 225-240.

_____. (2009-B). O sistema brasileiro de reparação aos anistiados políticos: contextualização histórica, conformação normativa e aplicação crítica. In: **Revista OABRJ**. Rio de Janeiro: Ordem dos Advogados do Brasil, v. 25, n.º 2, jul.-dez. de 2009, pp. 165-203.

_____. (2010-A). Justiça de Transição no Brasil: a dimensão da reparação. In: SANTOS, Boaventura; ABRÃO, Paulo; MACDOWELL, Cecília; TORELLY, Marcelo D. (Org.). **Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Brasileiro**. Brasília/Coimbra: Ministério da Justiça/Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, pp. 24-57.

_____. (2010-B). Justiça de Transição no Brasil: a dimensão da reparação (revisto e ampliado). In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Brasília: Ministério da Justiça, n.º 03, jan/jun, 2010, pp. 108-138.

ABRÃO, Paulo *et alli* (2009). Justiça de Transição no Brasil: o papel da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Brasília: Ministério da Justiça, n.º 01, jan/jun, 2009, pp. 12-21.

_____. (2009-B). As Caravanas da Anistia : um mecanismo privilegiado da justiça de transição brasileira. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Brasília: Ministério da Justiça, n.º 02, jul./dez. de 2009, pp.112-149.

_____. (2010). As caravanas da anistia: um instrumento privilegiado da justiça de transição brasileira. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; ABRÃO, Paulo; MACDOWELL, Cecília; TORELLY, Marcelo. **Repressão e Memória Política no contexto Ibero-americano: Estudos sobre o Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal**. Coimbra: Universidade de Coimbra; Brasília: Ministério da Justiça, 2010. p. 185-227.

AGUILAR, Paloma (2007). **Transitional Justice in the Spanish, Argentinean and Chilean Case**. Crisis Management Initiative: Building a Future on Peace and Justice – Workshop 10: Alternative Approaches to Dealing with the Past. Nuremberg, 25-27 de junho de 2007 (mimeo).

_____. (2008). **Políticas de la memoria y meorias de la política**. Madri: Alianza Editorial.

ANGELL, Alan; KINZO, Maria D'Alva; URBANEJA, Diego (1996). Electioneering in Latin America. In: CAMP, Roderic Ai (org.). **Democracy in Latin America - patterns and cycles**. Wilmington: Jaguar Books, pp.183-205.

ARANTES, Maria Auxiliadora de Almeida Cunha (2009). O Comitê Brasileiro pela Anistia de São Paulo (CBA-SP): memória e fragmentos. In: DA SILVA, Haike (org.). **A Luta pela Anistia**. São Paulo: UNESP, Imprensa Oficial e Arquivo Público do Estado, pp. 59-79.

ARAUJO, Marcelo; BRUNO, Maria Cristina Oliveira (orgs.) (2009). **Memorial da Resistência de São Paulo**. São Paulo: Pinacoteca do Estado.

ARAUJO, Marcelo; NEVES, Kátia Felipini; MENEZES, Caroline Grassi (2010). O Memorial da Resistência de São Paulo e os desafios comunicacionais. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Brasília: Ministério da Justiça, n.º 03, jan./jun. de 2010, pp. 230-243.

ARENDDT, Hannah (1989). **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras.

_____. (2000). **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva.

ARISTÓTELES (1998). **Política**. Edição Bilingue. Lisboa: Vega.

ARTURI, Carlos S. (1995) . As eleições no processo de transição à democracia no Brasil. In: ARTURI, Carlos S.; PINTO, Céli Regina Jardim; AYDOS, Eduardo Dutra; NOLL, Maria Izabel. (orgs.). **Brasil - transição, eleições e opinião pública**. Porto Alegre: Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pp. 09-33.

AVRITZER, Leonardo (2002). **Democracy and Public Space in Latin America**. Princeton: Princeton University Press.

BAGGIO, Roberta C. (2010). Justiça de Transição como Reconhecimento: limites e possibilidades do processo brasileiro. In: SANTOS, Boaventura; ABRÃO, Paulo; MACDOWELL, Cecília; TORELLY, Marcelo (Orgs.). **Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Americano**. Brasília/Coimbra: Ministério da Justiça/Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, pp. 260-285.

BANCAUD, Alain (2009). A Justiça Penal e o tratamento de um conflito sem fim - A França e o término da Segunda Guerra Mundial (1944-2009). Trad. José Ribas Vieira e Marcelo D. Torelly. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Brasil: Ministério da Justiça, n.º 1, jan/jun 2009, pp. 84-111.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade (2009). **Mudança Constitucional, Autoritarismo e Democracia no Brasil pós-1964**. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 409p.

BARROSO, Luís Roberto (2009). **Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar.

- BERLIN, Isaiah (2002). Dois Conceitos de Liberdade. In: BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a Humanidade**. São Paulo: Companhia das Letras, pp. 226-272.
- BESSION, Samantha; MARTÍ, José Luis (2009). Law and Republicanism: mapping the issues. In: BESSION, Samantha; MARTÍ, José Luis (org.). **Legal Republicanism - National and International Perspectives**. Oxford: Oxford University Press, pp. 03.37.
- BICKFORD, Louis (2004). Transitional Justice. In: **The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity**. Volume III. Nova Iorque: MacMillan, pp. 1045-1047.
- BOBBIO, Norberto (1997). **A teoria das formas de governo**. Brasília: Editora UnB.
- _____. (2004). Democracia. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. São Paulo: UnB/Imprensa Oficial, pp. 319-329.
- BOIS-PEDAÏN, Antje du (2007). **Transitional Amnesty in South Africa**. Cambridge: Cambridge University Press.
- BONFIM, Washington Luís de Sousa (2004). O aprofundamento da democracia no Brasil - tendências, conflitos e dinâmica recente. In: **Civitas - Revista de Ciência Sociais**. Porto Alegre: EdiPUCRS, v.04, n.º 01, jan.-jun. de 2004, pp. 73-94.
- BOURDIEU, Pierre (2004). **O Poder Simbólico**. Tradução de Fernando Thomaz, 7ª Edição, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.
- BRITO, Alexandra Barahona de (2009). Justiça Transicional e a Política da Memória: Uma Visão Global. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Brasil: Ministério da Justiça, n.º 1, jan/jun 2009, pp. 56-83.
- BRASIL (2007). **Direito à Memória e à Verdade**. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República. Disponível para download em: http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sedh/arquivos/livrodireitomemoriaeverdadeid.pdf

_____. **Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3)**. Secretaria Nacional de Direitos Humanos, Brasília, dezembro de 2009.

_____. (2009-B). **Relatório Anual da Comissão de Anistia - 2009**. Ministério da Justiça: Brasília.

BRITTO, Carlos Ayres (2010). **Voto: Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153/2008**. Supremo Tribunal Federal, s/p.

CÂMARA DA SILVA, Sandro Héverton (2007). **Anistia Política: conflito e conciliação no âmbito do Congresso Nacional Brasileiro (1964-1979)**. Dissertação de Mestrado apresentado ao Programa de Pós-Graduação em História da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 155p.

CANO, Ignacio; FERREIRA, Patrícia Galvão (2006). The reparations program in Brazil. In: DE GREIFF, Pablo (2006). Justice and Reparations. In: DE GREIFF, Pablo (org.). **The Handbook of Reparations**. Oxford e Nova Iorque: Oxford University Press pp. 102-153.

CARVALHO NETO, Menelick de (2002). A Revisão Constitucional e a cidadania: a legitimidade do poder constituinte que deu origem à Constituição da República Federativa de 1988 e as potencialidades do poder revisional nela previsto. **Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão**, São Luiz, v. 1, n. 9, p. 37-61.

CASTRO, Marcos Faro (1997). O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, v. 12, n.º 34, junho de 1997, pp. 147-156. Disponível online em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm.

CAVAROZZI, Marcelo (1986). Political Cycles in Argentina since 1955. In: O'DONNELL, Guillermo; SCHMITTER, Philippe; WHITEHEAD, Laurence (org.). **Transitions from Authoritarian Rule - Latin America**. Baltimore and London: The John Hopkins University Press.

CIURLIZZA, Javier (2009). Para um Panorama Global sobre a Justiça de Transição – Entrevista: Javier Ciurlizza responde Marcelo D. Torelly. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Brasil: Ministério da Justiça, n.º 1, jan/jun 2009, pp. 22-29.

COMPARATO, Fábio Konder (2010). Entrevista à Revista Caros Amigos. **Revista Caros Amigos**, edição de outubro de 2010, pp. 12-17.

CONGRESSO NACIONAL (1985). **Diário do Congresso Nacional**. Brasília, 08 de agosto de 1985.

COUSO, Javier (2010). The transformation of the constitutional discourse and the judicialization of politics in Latin America. In: COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra (orgs.). **Cultures of legality: judicialization and political activism in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press (Cambridge Studies in Law and Society series), pp. 141-160.

DAHL, Robert (1971). **Polyarchy**. New Haven: Yale University Press.

DE GREIFF, Pablo (2010). Justiça e Reparações. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Brasília: Ministério da Justiça, n.º 03, jan./jun. de 2010, pp. 42-71.

DEL PORTO, Fabíola Brigante (2009). A luta pela Anistia no Regime Militar brasileiro e a construção dos direitos de cidadania. In: DA SILVA, Haike (org.). **A Luta pela Anistia**. São Paulo: UNESP, Imprensa Oficial e Arquivo Público do Estado, pp. 59-79.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert (Orgs.) (2010). **Justiça de Transição no Brasil - Direito, Responsabilização e Verdade**. São Paulo: Saraiva/Direito GV.

DIMOULIS, Dimitri (2010). Justiça de Transição e função anistia no Brasil. Hipostasiações indevidas e caminhos da responsabilização. In: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio;

SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert (orgs.). **Justiça de Transição no Brasil - Direito, Responsabilização e Verdade**. São Paulo: Saraiva/Direito GV. pp. 91-128.

ECHEGARAY, Fabián (1998). A escolha eleitoral e tempos de mudança: explicando os resultados eleitorais na América Latina, 1982-1995. In: BAQUERO, Marcello; CASTRO, Henrique Carlos de Oliveira de; GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf (orgs.). **A Construção da Democracia na América Latina - estabilidade democrática, processos eleitorais, cidadania e cultura política**. Porto Alegre: Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pp. 87-108.

ECOSOCIAL (2007). **Encuesta de Cohesión Social en America Latina**. Disponível em: www.ecosocialsurvey.org.

ELSTER, Jon (2006). **Rendición de Cuentas – La Justicia Transicional en Perspectiva Histórica**. Buenos Aires: Katz.

FAORO, Raymundo (2001). **Os Donos do Poder**. Rio de Janeiro: Globo.

_____. (2007). **A República Inacabada**. Organizado por Fábio Konder Comparato. Rio de Janeiro: Globo.

FELIPPE, Kenarik Boujikian (2010). Justiça não é revanchismo. In: Tendências e Debates: É positiva eventual revisão da Lei de Anistia. **Folha de S. Paulo**, 09 de janeiro de 2010.

FERNANDES, Maria Cristina (2009). Um mandato para o Supremo. In: **Valor Econômico**. São Paulo, 03 de abril de 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves (1985). Nova perspectiva do processo constitucional. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n.º 60/61, jan./jun. 1985, pp. 129-145.

FERRAJOLI, Luigi (2003). Pasado y Futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Trota, pp. 13-29.

FICO, Carlos; ARAÚJO, Maria Paula (Orgs.) (2010). **1968 - 40 anos depois**. Rio de Janeiro: Sete Letras.

FREEMAN, Mark (2009). Amnesties and DDR programs. In: PATEL, Ana Curter; DE GREIFF, Pablo; WALDORF, Lars (org.). **Disarming the past - transitional justice and ex-combatants**. Nova Iorque: Social Science Research Council.

FUNDACIÓN PARA EL DEBITO PROCESO LEGAL (2009). **Digesto de Jurisprudencia Latinoamericana sobre Crímenes de Derecho Internacional**. Washington: DPLF, University of Notre Dame & United States Institute of Peace.

FULLER, Lon L (1958). Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart. In: **Harvard Law Review**, n.º 71.

GARAPON, Antoine (2002). **Crimes que não se podem punir nem perdoar – para uma justiça internacional**. Lisboa: Instituto Piaget.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2008). Usos de la historia y legitimidad constitucional. In: MARTÍN PALLÍN, José Antonio; ESCUDERO ALDAY, Rafael (Org.). **Derecho y Memoria Histórica**. Madri: Trotta, pp. 47-72.

GENRO, Tarso (2009). **Teoria da Democracia e Justiça de Transição**. Belo Horizonte: Ed. UFMG.

GINZBURG, Carlo (2007). La prueba, la memoria y el olvido. In: EIROA, Pablo; OTERO, Juan. **Memoria y Derecho Penal**. Buenos Aires: Fabián di Plácido editor.

GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (2004). The accountability function of courts in new democracies. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (orgs.). **Democratization and the Judiciary: the accountability function of courts in new democracies**. Londres e Nova Iorque: Routledge.

GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (orgs.) (2004). **Democratization and the Judiciary: the accountability function of courts in new democracies**. Londres e Nova Iorque: Routledge.

GOHN, Maria da Glória (1995). **História dos Movimentos e Lutas Sociais - a construção da cidadania dos brasileiros**. Rio de Janeiro: Loyola.

GONÇALVES, Danyelle Nilin (2009). Os múltiplos sentidos da anistia. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Brasil: Ministério da Justiça, n.º 1, jan/jun 2009, pp. 272-295

GRAU, Eros Roberto (2010). **Voto Relator: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153/2008**. Supremo Tribunal Federal, 65p.

GREGORI, José (2009). Os direitos humanos no Brasil: um pouco do que se fez, do que se faz e do que se deve fazer. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (orgs.). **Memória e Verdade - a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, pp. 357-365.

GREPPI, Andrea (2008). Los límites de la memoria y las limitaciones de la ley: antifacismo y equidistancia. In: MARTÍN PALLÍN, José Antonio; ESCUDERO ALDAY, Rafael (Org.). **Derecho y Memoria Histórica**. Madri: Trotta, pp. 105-126.

HABERMAS, Jürgen (1997). **Direito e Democracia - entre facticidade e validade**. 2 volumes. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

HACKING, Ian (1999). **The Social Construction of What?** Cambridge, Massachusetts e Londres: Harvard University Press.

HART, Herbert H. L. (1958). Positivism and the Separation of Law and Morals. In: **Harvard Law Review**, n.º 71.

_____. (2001). **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3º reimpressão.

HERRON-SWEET, Elizabeth Mary (2009). **The Right to Memory and Truth: Brazil's Transitional Justice Policy and its Consequences, 1979-2009**. Dissertação apresentada ao Middlebury College: Latin American Studies, 140p.

HERRERA FLORES, Joaquim (2009). **A Reinvenção dos Direitos Humanos**. Florianópolis: Boiteux.

HUMAN RIGHTS WATCH (2009). **Força letal – Violência Policial e Segurança Pública no Rio de Janeiro e em São Paulo**. Nova Iorque: HRW.

HUNEEUS, Alexandra (2010). Rejecting the Interamerican Court: judicialization, national courts and regional trials. In: COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra (orgs.). **Cultures of legality: judicialization and political activism in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press (Cambridge Studies in Law and Society series), pp. 112-138.

HUNTIGTON, Samuel (1968). **Political Order in Changing Societies**. New Haven: Yale University Press.

_____. (1992). **The Third Wave - democratization in the late twentieth century**. Oklaroma: University of Oklahoma Press.

JACOBI, Pedro R. (1987). Movimentos sociais urbanos numa época de transição: limites e potencialidades. In: SADER, Emir (org.). **Movimentos sociais na transição democrática**. São Paulo: Cortez, pp. 11-23.

JORDAN, Amos; TAYLOR JR, William; KORB, Lawrence (1989). **American National Security**. Baltimore: John Hopkins University Press.

KARL, Terry Lynn (1986). Petroleum and Political Pacts: The transition to democracy in Venezuela. In: O'DONNELL, Guilherme; SCHMITTER, Philippe; WHITEHEAD, Laurence (Org.). **Transition from Authoritarian Rule – Latin America**. Baltimore: John Hopkins University Press, pp 196-220.

KELSEN, Hans (2003). **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes.

KOPITTKE, Alberto; TORELLY, Marcelo D. (2008). Políticas Públicas para a Segurança com Participação: esboço sobre a conferência nacional de segurança pública com cidadania. In: **Violência e Controle Social na Contemporaneidade III** - Anais do III Ciclo de Estudos e Debates sobre Violência e Controle Social. Porto Alegre: EdiPUCRS, pp. 99-117.

LAFER, Celso (1978). **O Sistema Político Brasileiro**. São Paulo: Perspectiva.

LEFRANC, Sandrine (2005). **Políticas del Perdón**. Bogotá: Grupo Norma Editorial.

LEMOS, Renato (2002). Anistia e crise política no Brasil pós-1964. In: **Topoi - revista de história**. Rio de Janeiro: PPG História, UFRJ, set. 2002.

LESSA, Renato (1989). Reflexões sobre a gênese da democracia banal. In: DINIZ, Eli; BOSCHI, Renato; LESSA, Renato (orgs.). **Modernização e consolidação democrática no Brasil: dilemas da Nova República**. São Paulo: Vértice, pp. 77-181.

LEWANDOWSKI, Ricardo (2010). **Voto: Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153/2008**. Supremo Tribunal Federal, 31p.

LINZ, Juan (2000). **Totalitarian and Authoritarian Regimes**. New York: Lienn Rienner.

LINZ, Juan; STEPAN, Alfred (1999). **A Transição e Consolidação da Democracia – a experiência do sul da Europa e da América do Sul**. Tradução de Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbra, São Paulo: Paz e Terra.

LISBÔA, Suzana Keniger (2009). Lembrar, lembrar, lembrar... 45 anos depois do golpe militar: resgatar o passado para transformar o presente. In: PADRÓS, Henrique Serra; BARBOSA, Vânia M.; LOPEZ, Vanessa Albertinence; FERNANDES, ANanda Simões (orgs.). **A Ditadura da Segurança Nacional no Rio Grande do Sul - 1964-1985**. Volume 2 -

Repressão e Resistência nos “Anos de Chumbo”. Porto Alegre: Porto Alegre: Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul (CORAG), pp.189-235.

LUTZ, Ellen; SIKKINK, Kathryn (2001). The Justice Cascade: The evolution and impact of foreign Human Rights trials in Latin America. In: **Chicago Journal of International Law**. 1ª Edição, primavera de 2001, pp. 01-33.

MALLINDER, Louise (2008). **Amnesty, Human Rights and Political Transitions**. Oxford e Portland: Hart Publishing.

_____. (2010). **Legislation and Jurisprudence: the Fate of National Amnesty Laws**. Apresentação: Seminário Internacional “Late Justice in South America”. Londres: Universidade de Londres - Centro de Estudos Avançados, 21 de outubro de 2010.

MARTÍN PALLÍN, José Antonio; ESCUDERO ALDAY, Rafael (2008). Introducción. In: MARTÍN PALLÍN, José Antonio; ESCUDERO ALDAY, Rafael (Org.). **Derecho y Memoria Histórica**. Madri: Trotta, pp. 09-18.

MARTINS, Luciano (1993). The “Liberalization” of Authoritarian Rule in Brazil. In: O’DONNELL, Guilherme; SCHMITTER, Philippe; WHITEHEAD, Laurence. **Transition From Authoritarian Rule: Latin America**. Baltimore: The John Hopkins University Press, pp. 72-94.

MAY, Larry (2005). **Crimes Against Humanity - a normative account**. Cambridge: Cambridge University Press.

MARX, Ivan Cláudio (2009). Justiça transicional e qualidade institucional no Brasil e na Argentina. In: DA SILVA, Haíke da (org.). **A Luta pela Anistia**. São Paulo: Arquivo Público do Estado de São Paulo/Imprensa Oficial/Ed. UNESP, pp. 303-318.

MAYER-RIECKH, Alexander; DE GREIFF, Pablo (org.) (2007). **Justice as Prevention - vetting public employees in transitional societies**. Nova Iorque: Social Science Research Council.

MEINTJES, Garth; MENDES, Juan (2000). Reconciling amnesties with universal jurisdiction. **International Law Forum / Forum du Droit International**. v. 76, n.º 2.

MELLO, Celso de (2010). **Voto: Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153/2008**. Supremo Tribunal Federal, 46p.

MENDES, Gilmar (2010). **Voto: Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153/2008**. Supremo Tribunal Federal, 49p.

MEYER, Michael (2009). **1989 - O ano que mudou o mundo**. Tradução de Pedro Maia Soares. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor.

NAVIQ, Yasmin (2006). The right to the truth in international law: fact of fiction? In: **International Review of the Red Cross**. Volume 88, número 862, junho de 2006, pp. 245-273.

NEVES, Marcelo (2007). **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes.

_____. (2008). **Entre Themis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes.

NOHLEN, Dieter; THIBAUT, Bernhard (1994). **Investigación sobre la transición en América Latina: enfoques, conceptos, tesis**. Universität Heidelberg, Institut für Politische Wissenschaft: Lateinamerikaforschung - Arbeitspaper Nr. 11, Fevereiro de 1994, 34p.

O'DONNELL, Guillermo (1990). **Análise do Autoritarismo Burocrático**. Tradução de Cláudia Schilling. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

_____. (1993). Introduction to the Latin America Cases. In: O'DONNELL, Guillermo; SCHMITTER, Philippe; WHITEHEAD, Laurence. **Transition From Authoritarian Rule: Latin America**. Baltimore: The John Hopkins University Press, pp. 03-18.

O'DONNELL, Guilherme; SCHMITTER, Philippe (1986). **Transitions from authoritarian rule - tentative conclusions about uncertain democracies**. Londres e Baltimore: The John Hopkins University Press.

O'DONNELL, Guilherme; SCHMITTER, Philippe; WHITEHEAD, Laurence (Org. 1986). **Transition from Authoritarian Rule – Latin America**. Baltimore: John Hopkins University Press, pp 196-220.

ONU (E/CN.4/2005/102/Add.1). **Conjunto de princípios atualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad**. 8 de fevereiro de 2005 (espanhol). Tradução disponível em: Revista Anistia Política e Justiça de Transição. Brasília: Ministério da Justiça, n.º 3, jan./jun. de 2010.

_____. (HR/PUB/06/4). **Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: iniciativas de enjuiciamiento**. Ginebra, 2006.

_____. (S/2004/616). Conselho de Segurança. O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito e pós-conflito. Traduzido em: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Brasília: Ministério da Justiça, n.º 1, jan/jun 2009, pp.320-351.

_____. (UNHRC, Info Note 8). **Transitional Justice Options - Democratic Republic of Congo 1993- 2003**. United Nations Human Rights Commissioner.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (2008). **Inicial: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153/2008**. Procuradores Fábio Konder Comparado e Maurício Gentil Monteiro, 18p.

OST, François (2005). **O tempo do Direito**. Bauru: EDUSC.

PASCUAL, Alejandra (2004). **Terrorismo de Estado – A Argentina de 1976 a 1983**. Brasília: Editora UnB.

PAYNE, Leigh (2008). **Unsettling Accounts - neither truth nor reconciliation in confessions of state violence**. Durhan e Londres: Duke University Press.

PAYNE, Leigh; OLSEN, Tricia; REITER, Andrew (2009). Equilibrando Julgamentos e Anistias na América Latina: Perspectivas Comparativa e Teórica. Trad. Marcelo D. Torelly. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Brasília: Ministério da Justiça, n.º 02, jul/dez 2009, pp. 152-175.

PEREIRA, Anthony (2005). **Political (In)Justice – Authoritarianism and the Rule of Law in Brazil, Chile, and Argentina**. Pittsburgh: Pittsburgh University Press.

_____. (2010). **Dictadura e Repressão - O Estado de Direito no Brasil, Chile e Argentina**. São Paulo: Paz e Terra.

RAWLS, John (2002). **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes.

REALE, Miguel. Como deverá ser a nova Constituição. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n.º 60/61, jan./jun. 1985, pp. 09-24.

REINO DA ESPANHA (2007). **Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieran persecución durante la guerra civil y la dictadura**. Tradução disponível em: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Brasília: Ministério da Justiça, n.º 2, jul/dez 2009.

RIBAS VIEIRA, José (1988). **O Autoritarismo e a Ordem Constitucional no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar.

RIBAS VIEIRA, José; DA SILVA, Alexandre Garrido (2009). Justiça transicional, direitos humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Brasília: Ministério da Justiça, n.º 2, jul/dez 2009, pp. 234-267.

RICOEUR, Paul (2007). **A memória, a história, o esquecimento**. Campinas: Editora da UNICAMP.

_____. (2008). É Possível uma teoria puramente procedimental da Justiça? A propósito de Uma Teoria da Justiça de John Rawls. In: RICOEUR, Paul. **O Justo**. Volume 1, São Paulo: Martins Fontes, pp. 63-88.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes (2010). **Voto: Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153/2008**. Supremo Tribunal Federal, 21p.

ROCHA POMAR, Pedro Estevam da (2005). Estatísticas do DOI-Codi. In: **Revista ADUSP**. São Paulo, maio de 2005, pp. 74-77.

ROSENFELD, Michel (2001). **The Rule of Law, and the Legitimacy of Constitutional Democracy**. Working Paper Series n.º 36. Cardozo Law School - Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies. Disponível em http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=262350.

_____. (2004). A identidade do sujeito constitucional e o Estado Democrático de Direito. In: **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, n.º 12, pp.11-63.

SANTOS, Roberto Monteiro Gurgel (2010). **Parecer n.º 1218/2010**. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153 (STF). Brasília: Procuradoria-Geral da República.

SANTIAGO NINO, Carlos (1996). **Radical Evil on Trial**. New Haven and London: Yale University Press.

SHAPIRO, Martin (2004). Judicial Review in Developed Democracies. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (orgs.) (2004). **Democratization and the Judiciary: the accountability function of courts in new democracies**. Londres e Nova Iorque: Routledge, pp. 05-18.

SCHARTZMAN, Simon (2007). **EcoSocial – Pesquisa de Coesão na América Latina**. Primeiros Resultados. São Paulo: iFHC, pp.01-35, *mimeo*.

SCHWARTZ, Herman (2002). **The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe**. Chicago and London: Chicago University Press.

SENADO FEDERAL (1983). **Segurança Nacional - Lei n.º 7.170**. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. PISTORI, Edson (2009). Memorial da Anistia Política no Brasil. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Brasília: Ministério da Justiça, n.º 1, jan-jun/2009.

SOBOTTKA, Emil Albert (2000). Movimentos Sociais: a busca pela ampliação do político. In: FLICKIGER, Hans-Georg (org.). **Entre caridade, solidariedade e cidadania - história comparativa do Serviço Social Brasil/Alemanha**. Porto Alegre: EdiPUCRS, pp. 80-97.

STEPAN, Alfred (1988). **Rethinking Military Politics – Brazil and the Southern Cone**. New Jersey: Princeton University Press.

SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert (2007). **Anistia Penal - problemas de validade da Lei de Anistia Brasileira (Lei 6.683/79)**. Curitiba: Juruá.

TEITEL, Ruti G. (2000). **Transitional Justice**. Oxford e Nova Iorque: Oxford University Press.

_____. (2003). Transitional Justice Genealogy. In: **Harvard Human Rights Journal**. Vol. 16, pp. 69-94.

_____. (2009). **Transitional Justice Globalized**. Seminário Internacional “Taking Stock of Transitional Justice”. Universidade de Oxford: Centre for Socio-Legal Studies, 26 de junho de 2009.

_____. (2010). “Fazer justiça e pensar medidas de justiça num contexto de fluxo político é olhar para o passado mas também para o futuro” - Ruti G. Teitel responde Marcelo

D. Torelly. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Brasília: Ministério da Justiça, n.º 03, jan.-jun. 2010, pp. 27-39.

TORELLY, Marcelo (2006). Globalização, colonialismo e direito ao desenvolvimento na nova ordem global. In: MENEZES, Wagner (org.). **Estudos de Direito Internacional**. Curitiba: Juruá, pp. 450-459.

_____. (2009). A anistia e as limitações prévias à Constituição. In: **Constituição e Democracia**. Brasília, n.º 33, outubro de 2009, pp. 20-21.

_____. (2010). Justiça transicional, memória social e senso comum democrático: notas conceituais e contextualização do caso brasileiro. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; ABRÃO, Paulo; MACDOWELL, Cecília; TORELLY, Marcelo (orgs.). **Repressão e Memória Política no Contexto Luso-Brasileiro - estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal**. Brasília/Coimbra: Ministério da Justiça/Universidade de Coimbra, 2010, pp. 104-122.

USTRA, Carlos Alberto Brilhante (2006). **A Verdade Sufocada - a história que a esquerda não quer que o Brasil conheça**. Brasília: SER.

VALADÉZ, Diego (1974). **La dictadura constitucional en America Latina**. Cidade do México: UNAM.

VALENZUELA, J. Samuel (1992). Consolidation in Post-Transitional Settings. In: MAINWARING, Scott; O'DONNELL, Guilherme; VALENZUELA, J. Samuel (org.). **Issues in Democratic Consolidation - the new South American democracies in comparative perspective**. Indiana: University of Notre Dame Press, pp.57-104.

VAN ZYL, Paul (2009). Promovendo a Justiça Transicional em sociedades pós-conflito. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Brasil: Ministério da Justiça, n.º 1, jan/jun 2009, pp. 32-55.

VANNUCHI, Paulo de Tarso (2006). Apresentação *In*: BRASIL. **Direito à Memória e à Verdade – a ditadura no Brasil – 1964-1985**. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República.

VANNUCHI, Paulo; BARBOSA, Marco Antônio Rodrigues (2007). Apresentação. *In*: BRASIL. **Direito à Memória e à Verdade**. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República.

VIANA, Gilney; CIPRIANO, Perly (2009). **Fome de Liberdade - a luta dos presos políticos pela Anistia**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo.

VILLA, Marco Antônio (2008). Época entrevista: Marco Antônio Villa. *In*: **Revista Época**. 26 de maio de 2008.

_____. (2009). Ditadura à Brasileira. *In*: **Folha de S. Paulo**, 05 de março de 2009.

WERNECK SODRÉ, Nelson (1984). **Vida e morte da ditadura - vinte anos de autoritarismo no Brasil**. Petrópolis: Vozes.

WOUTERS, Jan (2008). La obligación de judicializar los crímenes de derecho internacional. *In*: HURTADO, Michael Reed (org.). **Judicialización de crímenes de sistema - estudios de caso y análisis comparado**. Bogotá: ICTJ, pp. 79-98.

ZERBINI, Terezinha (2009). Depoimento. *In*: BRASIL. Ministério da Justiça. **30 anos da luta pela anistia no Brasil**. Brasília: Comissão de Anistia, material audiovisual: vídeo: 17m30.