

À margem de nós, a democracia: notas sobre a justiça de transição no Brasil

On the sidelines of us, the democracy: notes of transitional justice in Brazil

Talita Tatiana Dias Rampin¹

Naiara Souza Grossi²

Yvete Flávio da Costa³

Resumo

Este artigo problematizará a verdade e a memória nacional de luta contra a ditadura como direitos humanos latino-americanos. A afirmação histórica dos direitos humanos percorreu diferentes momentos, revelando um pluralismo normativo (nacional e supranacional) que, no contexto latino-americano, encontra na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) um expoente. Analisaremos como as nações devem recepcionar essa norma e evidenciaremos, a partir do julgamento da ADPF n.153 pelo STF brasileiro (que julgou constitucional a Lei de Anistia), que a fundamentalidade dos direitos humanos é sistemicamente negada em contextos políticos autoritários. Referido julgamento abriu o precedente de que existe uma margem necessária de violação dos direitos humanos em contextos de “justiça de transição”, ou seja, naqueles nos quais a sociedade deve acordar quanto ao legado de abusos cometidos no passado ditatorial, a fim de assegurar que os responsáveis prestem contas de seus atos, que seja feita a justiça e se

¹ Mestranda e bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista – UNESP, campus de Franca, Estado de São Paulo; pesquisadora bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior.

² Mestranda e bacharel em Direito pela UNESP, campus de Franca, Estado de São Paulo.

³ Doutora em Direito Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP; pós-doutora em Filosofia e Teoria do Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal; professora adjunta da UNESP, campus de Franca, Estado de São Paulo.

conquiste a reconciliação. O julgado brasileiro nega o afloramento histórico de direitos humanos e revela um poder público cooptado que legitima sua violação.

Palavras-chave: Direitos humanos. Democracia. Pós-ditadura. Justiça de transição. Anistia.

Abstract

This article will discuss the truth and the memory of national struggle against dictatorship and human rights in Latin America. The historical statement of human rights has come different times, revealing a normative pluralism (national and supranational) who in the Latin American context, is the American Convention on Human Rights (Pact of San José, Costa Rica) an exponent. Examine how nations should welcome this standard and highlights from the trial by the Supreme Court of Brazil ADPF n.153 (dismissing as constitutional the Amnesty Law) that the fundamental human rights are systemically denied in authoritarian political contexts. Attend the trial set a precedent that there is a margin requirement of human rights violations in the context of "transitional justice", ie those in which the company must agree on the legacy of past abuses dictatorial, to ensure that those responsible accountable for their acts, that justice be done and win the reconciliation. The Brazilian tried denies the outcrop human rights record and reveals a government co-opted to legitimize their violation.

Keywords: Human rights. Democracy. Post-dictatorship. Transitional justice. Amnesty.

Introdução

O presente trabalho problematiza a verdade e a memória nacional de luta contra a ditadura como sendo direitos humanos fundamentais na América Latina, especificamente, analisa a hipótese brasileira.

A afirmação histórica dos direitos humanos percorreu diferentes momentos na América Latina. Desde sua positivação em nível mundial, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Resolução n.217, na 3ª sessão ordinária da Assembleia Geral das Nações Unidas, em Paris, aos 10 de dezembro de 1948, até o presente momento, várias foram as normas editadas com o propósito de proteger os direitos humanos.

Interessa, no presente ensaio, a recepção dessa gama fundamental de direitos pelos ordenamentos jurídicos latino-americanos. Mais especificamente, pretendemos evidenciar, a partir da hipótese brasileira, que o direito à verdade e à memória nacional devem ser considerados direitos humanos, mormente porque, em nações que vivenciaram períodos de exceção – ditatoriais, autoritários e totalitários – o acesso à informação torna-se atributo essencial para a superação com desenvolvimento democrático.

Atualmente, notamos a existência de uma realidade plurinormativa de direitos humanos, na medida em que são várias as normas que tutelam essa gama de direitos, inclusive, em diferentes níveis: nacional, regional e multinacional ou supranacional.

Na busca pela internacionalização da tutela dos direitos humanos alguns instrumentos normativos se destacaram, sendo os principais deles a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1789); a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948); a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950); a Carta Social Europeia (1961); o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) que tornou aplicável a Declaração de 1948; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969); a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores (1989); a Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (1998); a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais (2000); as várias Convenções da OIT; e o Protocolo de San Salvador (1998), adicional ao Pacto de San José da Costa Rica.

A despeito da desejada adesão integral e irrestrita pelos diversos países do mundo, percebemos que a recepção destes instrumentos normativos depende, em muitos aspectos, da articulação política interna em cada país. Em outras palavras, é dizer que sua efetividade depende dos interesses dominantes em cada nação.

Por razões metodológicas, restringiremos nossa análise à Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), ao Pacto

Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1991) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), conhecida como “Pacto de San José da Costa Rica”, em razão do local de sua elaboração.

Ainda assim, nossa análise ficaria demasiadamente ampla, motivo pelo qual buscamos contextualizar a temática de direitos humanos em períodos de restrição, ou seja, em momentos históricos nos quais sua concretização fora impedida ou limitada devido à atuação opressora do Estado. Nosso objetivo é evidenciar, a partir da experiência da Ditadura Militar brasileira, como a fundamentalidade dos direitos humanos é relativizada em prol de interesses governamentais autoritários e totalitários. A partir dessa análise, devidamente confrontada com a atual postura política e social em relação àquele regime, problematizaremos a afirmação histórica de novos direitos humanos: o direito à verdade e o direito à memória nacional.

1 Instrumentos internacionais de proteção ao ser humano

Encontramos no âmbito internacional várias manifestações jurídicas destinadas à proteção do ser humano, instrumentalizadas de diversas maneiras, cada qual inserida num peculiar contexto histórico.

Em linhas gerais, podemos apontar como traço comum dos direitos humanos as seguintes características: a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e o inter-relacionamento. Tendo em vista que a aplicabilidade desta sorte de direitos estende-se a todo e qualquer ser humano, diz-se de sua universalidade, de modo que todos os homens são titulares de direitos humanos pelo simples fato serem homens. Tais direitos são correlacionados de tal forma que o gozo de um é pressuposto para a realização de outro, sendo que a violação de um implica, necessariamente, a violação dos demais. Esta indivisibilidade está incutida na ideia de aplicação integral dos direitos humanos, os quais são interdependentes e inter-relacionados.

Uma digressão lastreada nos escritos de Norberto Bobbio (1994, p.4-5) há de ser ponderada. Afirma o jurista:

No plano histórico, sustento que a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: a relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade [...]

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Bobbio (1994) aponta para o afloramento geracional dos direitos humanos, os quais emanariam da realidade social conforme o desenvolvimento natural e inevitável das relações travadas na mesma. Nota-se, com isso, a sustentação da tese de que as alterações sociais incidem sobre o direito, transformando-o, bem como a própria atividade jurisdicional prestada pelo Estado, que também é modificada.

No século XX ocorre o desenvolvimento teórico e prático dos direitos humanos em duas direções, quais sejam: a universalização e a multiplicação. Observamos o fenômeno da multiplicação de direitos com a proliferação, em termos quantitativos, de novos bens e interesses jurídicos. Segundo Bobbio (1994, p. 4), essa proliferação se desenvolve em três gerações, as quais correspondem, respectivamente, aos valores da liberdade, da igualdade e da solidariedade, sendo possível, no atual estágio da sociedade e do direito, falar-se até mesmo na existência de uma quarta geração de direitos, “referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético”. O segundo movimento dos direitos humanos é no sentido de sua universalização, enquanto o terceiro movimento

ou direitos encartados como de terceira geração, remetem ao valor de solidariedade ou fraternidade, decorrentes de uma atuação social coletiva, típica do Estado Pós-Social, com o incremento das relações humanas. É a constatação de que o ser humano está inserido numa coletividade.

José Felipe Ledur (1998, p. 28) esclarece que o surgimento dos direitos fundamentais em documentos escritos foi precedido pela formação daqueles em nível axiológico, ético e filosófico. Em diferentes nações, épocas e contextos históricos, o Homem cogitou a existência de determinados direitos os quais lhe seriam inerentes por sua própria natureza. Para o jurista, os direitos humanos consistem numa manifestação da importância do ser humano e de seus valores mais íntimos, os quais, de alguma forma, eventualmente possam vir a sucumbir a outros interesses, tais como o econômico e o político, oportunidade em que os direitos humanos acabam por tornarem-se direitos de classes específicas e não, necessariamente, a toda a humanidade.

A estrutura destes direitos fundamentais é congruente à apontada pela doutrina constitucional, a saber, a tutela normativa, na qual compreende duas espécies: princípios e regras, conforme um maior ou menor grau de generalidade. Nesse sentido, alguns apontamentos não podem deixar de ser feitos: *primo*, que os princípios são normas que podem ser operadas com elasticidade, pois se alicerçam em valores que remetem a conceitos deontológicos. *Secundo*, que as regras são normas mais rígidas, e implicam na ideia de estrito cumprimento ou não.

No ordenamento jurídico brasileiro coexistem princípios e regras a tutelar os direitos humanos, e não é outra a situação no direito internacional. Encontramos com facilidade tanto instrumentos jurídicos regulando a matéria, como também princípios que norteiam a erigção de tratados e aplicação das normas.

1.1 Declaração Universal dos Direitos do Homem

Aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em dezembro de 1948, em Paris, esta Declaração, em que o Brasil contende como

signatário, constitui um importante marco jurídico mundial na proteção e reconhecimento aos direitos humanos.

Assolado pelos acontecimentos da Segunda Guerra Mundial, cujas batalhas findam em meados de 1945 e cujos horrores repercutem até os dias de hoje, as Nações Unidas reúnem-se com o objetivo de elencar uma base normativa e principiológica comum a todos os Estados e aplicáveis a todo ser humano, haja vista a necessidade incipiente de resguardar sua integridade física e psíquica frente a toda e qualquer forma de abuso que por ventura ameace, tal como o nazismo o fez, a humanidade.

De fato, esta declaração não foi a primeira a ser elaborada no intuito de prenciar direitos humanos, posto que o pioneirismo francês permitiu, já em 1789, a promulgação de uma Declaração Universal dos Direitos Humanos, impulsionada pela Revolução Francesa e nos moldes dos ideais de liberalismo e individualismo da época. Lastreada no trinômio liberdade-igualdade-fraternidade, esta primeira Declaração pecou por exacerbar a autonomia da vontade como pressuposto do equilíbrio das relações humanas, tendo em vista que situações há em que a manifestação da vontade é subjugada a interesses de classes e interesses dominantes, e que inviabilizam o pleno desenvolvimento social.

1.2 Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

Aprovado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em Nova York, em dezembro de 1966, este pacto, instrumentalizado em tratado a fim de realizar os valores nele contidos, traduz a preocupação manifestada pelas Nações Unidas em tornar aplicável os princípios sustentados na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Este pacto é aplicável no Brasil, por força de sua ratificação, aos 24 de janeiro de 1992. Quanto à sua natureza, o pacto consiste em lei internacional de direito público face à fonte de sua emanção e o alcance de suas normas, que não se restringe ao território de um só Estado.

Trata-se de tratado plurilateral, por serem vários os signatários, que adentrou em nosso ordenamento com força constitucional, razão pela qual sua aplicabilidade é imediata e sua eficácia é plena, colocando-se como base de todo o nosso ordenamento jurídico e incidente nos mais diversos ramos do direito.

O Pacto tem por objeto a proteção da dignidade da pessoa humana, conforme se depreende da leitura de seu preâmbulo ao reconhecer a dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Pela leitura de seus artigos, encontramos a previsão dos seguintes direitos: o direito ao trabalho livremente escolhido ou aceito; o direito à previdência e ao seguro social; a proteção à família e, especialmente, à maternidade, à infância e adolescência; o direito ao pleno desenvolvimento da personalidade humana, em respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais. O pacto ainda faz outras menções de suma relevância para o desenvolvimento humano em variados aspectos, através da tutela da saúde, da educação e cultura, do desenvolvimento científico e tecnológico, das condições mínimas para a vida humana, enfim, no entanto, nos restringiremos à matéria pertinente ao presente trabalho, embora reconheçamos que tais direitos humano-sociais sejam inseparáveis e indisponíveis.

1.3 Convenção Americana sobre os Direitos Humanos

O denominado “Pacto de San José da Costa Rica” é um importante instrumento de tutela dos direitos humanos na América Latina, mormente porque prevê uma Comissão e de uma Corte Interamericana de Direitos humanos (artigos 79 e seguintes), fato este que demonstra uma preocupação latino-americana em fazer cumprir os direitos arrolados, e não somente declará-los.

Nos artigos 3º ao 25, estão estabelecidos os direitos civis e políticos, com destaque para o artigo 4º, que dispõe que “Toda pessoa tem o direito que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode

ser privado da vida arbitrariamente”. Também, conforme redação do artigo 5º, “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”.

Em uníssono, as normas transcritas revelam a proteção da vida humana em sua integridade e dignidade. Ocorre que tais direitos foram sistematicamente violados.

2 Pós-ditadura e a negação sistemática dos direitos humanos pelo Brasil

Imbuídos dessa base normativa e logrando dar máxima efetividade aos direitos humanos, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por intermédio do jurista Fabio Konder Comparato, acionou a jurisdição constitucional brasileira para expurgar do ordenamento jurídico interpretação lesiva da Lei de Anistia (Lei n.6.683, de 23 de agosto de 1979), que afronta os direitos humanos. O instrumento processual constitucional utilizado foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que recebeu a numeração 153 do Supremo Tribunal Federal e, aos 29 de abril de 2010, foi julgada improcedente em sua totalidade.

2.1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF: notas sobre o instrumento processual utilizado

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é uma medida eminentemente judicial, que a própria Constituição Federal determina que será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. Tem como principal meta o controle de constitucionalidade não somente de lei, mas também dos atos normativos, desde que emanados do Poder Público, face ao descumprimento não de um dispositivo constitucional, mas de um preceito fundamental:

Trata-se, portanto, de norma constitucional de eficácia limitada, que depende de edição de lei, estabelecendo a forma pela qual será apreciada a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição. (MORAES, 2007, p. 751).

O Congresso Nacional, ao editar a Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, em complementação ao artigo 102, §1º, da Constituição Federal, tornou integrante a arguição de descumprimento de preceito fundamental em nosso ordenamento jurídico brasileiro.

Tem como legitimados ativos⁴ o rol presente do artigo 103, I a X⁵ da Constituição Federal os mesmos co-legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade e suas hipóteses de cabimento são três: (a) para evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público; (b) reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público; e (c) quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à própria Constituição.⁶

⁴ O Presidente da República vetou o inciso II, do parágrafo único, do art. 1º, da Lei nº 9.882/99, que permitia a propositura ampla da arguição de descumprimento de preceito fundamental, quer por qualquer prejudicado, nos termos do recurso de amparo previsto no ordenamento jurídico alemão, espanhol e argentino. Conferir, nesse sentido, decisão do STF que negou legitimatio ad causam ativa para eventual prejudicado: STF – ADPF Nº11/SP – Rel. Min. Carlos Velloso In informativo STF nº 216, p. 4; STF – Pleno – ADPF nº 27-1/RJ – Rel. Min. Néri da Silveira, Diário a Justiça, Seção I, 1º abr. 2002, p. 3; STF –ADPF nº 30-1/DF – Rel. Min. Carlos Velloso, Diário da Justiça, Seção I, 26 de mar. 2002, p.39. Ibid. p. 752. Ibid.

⁵ Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa do Senado Federal, as Mesas das Assembleias Legislativas, os Governadores de Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB, partidos políticos com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

⁶ Cumpre destacar, nos ensinamentos de Alexandre de Moraes, (2007, p. 754) que: “a arguição de descumprimento de preceito fundamental deverá ser proposta em face de atos do poder público já concretizados, não se prestando para a realização de controle preventivo desses atos. Igualmente, a arguição de descumprimento de preceito fundamental não será cabível contra Súmula do Supremo Tribunal Federal, uma vez que não podem ser concebidos como atos do Poder Público lesivos a preceito fundamental, pois os enunciados de Súmula são apenas expressões sintetizadas de orientações reiteradamente assentadas pela Corte, cuja revisão deve ocorrer de forma paulatina, assim como se formam os entendimentos jurisprudenciais que resultam na edição dos verbetes.”

A Constituição Federal traz normas de dever-ser, que têm como objetivo precípua reger o comportamento de toda uma sociedade, prevendo fatos e atribuindo consequências jurídicas quando observado o seu descumprimento. No entanto, dentre os vários direitos e garantias constitucionais, princípios e disposições, alguns preceitos, pela relevância que têm, adquirem contornos ditos fundamentais. Segundo José Afonso da Silva⁷ (2003, p. 98):

Preceitos Fundamentais não é expressão sinônima de princípios fundamentais. É mais ampla, abrange a este e todas as prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e especialmente as designativas de 'direitos e garantias constitucionais'.

O procedimento para ingresso com arguição de descumprimento fundamental é simples, ingressa-se com uma petição inicial, que deverá ser apresentada em duas vias, na qual deverá conter cópias do ato questionado, bem como dos documentos necessários para comprovar a impugnação, contendo a indicação do preceito fundamental que se considera violado; a indicação do ato questionado; a prova da violação do preceito fundamental e o pedido, com suas especificações.

Já na hipótese de ingresso com a referida ação para apuração na hipótese de controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo anteriores à Constituição, deverá vir acompanhada de documentos comprobatórios dessa controvérsia judicial. "A petição inicial será

⁷ "Analisado o pedido de liminar, se houver, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias e, entendendo necessário, poderá ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou, ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria. Conforme estabelece a lei, poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo. Decorrido o prazo das informações, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento" (MORAES, 2007, p. 755).

indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum requisito legal ou for inepta, cabendo dessa decisão agravo do plenário”.

A decisão terá efeito contra todos – *erga omnes* – e efeitos vinculantes relativamente aos demais órgãos do Poder Público, cabendo inclusive reclamação como forma de garantir os referidos efeitos. Tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.⁸

Há ainda as hipóteses de cabimento de arguição de descumprimento fundamental preventiva, repressiva e por equiparação.

Na primeira, caberá *preventivamente* arguição de descumprimento de preceito fundamental perante o Supremo Tribunal Federal com o objetivo de se evitar lesões a princípios, direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal. Quando a hipótese *repressiva* para repará-las quando causadas pela conduta comissiva ou omissiva de qualquer um dos poderes públicos.⁹

O Supremo Tribunal Federal ainda poderá, de forma rápida, geral e obrigatória – face a possibilidade de liminar e da existência de efeitos *erga omnes* e vinculantes – evitar ou fazer cessar determinadas condutas do poder público que possam colocar ou estar colocando em risco os preceitos fundamentais da República, e, em especial, a

⁸ Tal prerrogativa é em relação à amplitude e efeitos temporais da decisão prevista pela Lei n. 9.882/99 em seu artigo 11, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

⁹ “Nessa hipótese, o ordenamento jurídico brasileiro foi menos generoso que o argentino, pois comente possibilita a arguição quando se pretenda evitar ou cessar lesão, decorrente de ato praticado pelo Poder Público, a preceito fundamental previsto na Constituição diferentemente do direito de Amparo argentino, que é admissível contra toda ação ou omissão de autoridades públicas ou de particulares, que de forma atual ou iminente lesionem, restrinjam, alterem ou ameacem, com arbitrariedade ou manifesta ilegalidade direitos e garantias reconhecidos pela Constituição, pelos tratados e leis.” (GOZAÍNI, 1995, p.23 apud. MORAES, 2007, p. 786).

dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), bem como os direitos e garantias fundamentais.

Frise-se que em face ao artigo 4º, caput, §1º, da Lei 9.882/99, que veda a admissão da arguição de descumprimento de preceito fundamental, quando não for o caso ou quando houver outro meio igualmente eficaz e apto a sanar a lesividade, foi concedida certa discricionariedade ao Supremo Tribunal Federal, na escolha das arguições que deverão ser processadas e julgadas, podendo, ante seu caráter de subsidiariedade, deixar de conhecê-las quando concluir pela inexistência de interesse público, sob pena de tornar-se uma nova instância recursal para todos os julgados dos tribunais superiores e inferiores. Assim, nos ensinamentos de Alexandre de Moraes (2007, p. 800):

[...] entendemos que o STF poderá exercer um juízo de admissibilidade discricionário para a utilização desse importantíssimo instrumento de efetividade dos princípios e direitos fundamentais, levando em conta o interesse público e a ausência de outros mecanismos jurisdicionais efetivos.

Já na hipótese de arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no parágrafo único do artigo 1º, da Lei nº 9.882/99, distancia-se do texto constitucional, uma vez que o próprio legislador ordinário, por equiparação legal, considerou como descumprimento de preceito fundamental qualquer controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição Federal.

O texto constitucional é límpido quando autoriza à lei o estabelecimento, exclusivamente da forma pela qual o descumprimento de um preceito fundamental poderá ser arguido perante o Supremo Tribunal Federal. Não há qualquer autorização constitucional para uma ampliação das competências do STF, todavia, o próprio STF admite o ajuizamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental em virtude de controvérsia constitucional relevante sobre ato normativo

federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, ainda que, excepcionalmente, revogados.

Em que pese posicionamentos contrários, pois nos dizeres de José Afonso da Silva (2003, p. 100):

O legislador ordinário utilizou-se de manobra para ampliar, irregularmente, as competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal, que conforme jurisprudência e doutrina pacífica, comente podem ser fixadas pelo texto magno. Manobra esta eivada de flagrante inconstitucionalidade, pois deveria ser precedida de emenda à Constituição.

2.2 Do pedido de interpretação da lei n.6.683/79, conforme a Constituição

A lei n. 6.683/79 concedeu anistia a todos que no período de 02/09/1961 a 15/08/1979 cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores vinculados ao poder público. O intuito da ADPF 153 era que o Supremo Tribunal Federal desse à Lei de Anistia uma interpretação conforme a Constituição, declarando, à luz dos direitos fundamentais, que a anistia concedida no período do Regime Militar (1964/85) não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes de repressão contra opositores políticos.

O cerne da ADPF remeteu à relevância da controvérsia constitucional sobre referida lei, promulgada em período anterior à vigente CF/88. Segundo o jurista Fábio Konder Comparato, na petição inicial da ADPF 153:

A sociedade brasileira acompanhou o recente debate público acerca da extensão da Lei n.6.683/79 (“Lei de Anistia”). É notória a controvérsia constitucional surgida a respeito do âmbito de aplicação desse diploma legal. Trata-se de saber se houve ou não anistia aos agentes públicos responsáveis, entre outros crimes, pela prática de homicídio, desaparecimento forçado, abuso de autoridade,

lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor contra os opositores políticos ao regime militar, que vigorou entre nós antes do restabelecimento do Estado de Direito, com a promulgação da vigente Constituição.

Continua o jurista, em sua inatacável peça:

É sabido que esse último dispositivo legal foi redigido intencionalmente de forma obscura, a fim de incluir subrepticamente, no âmbito da anistia criminal, os agentes públicos que comandaram e executaram crimes comuns contra opositores políticos ao regime militar. Em toda a nossa história, **foi esta a primeira vez que se procurou fazer essa extensão da anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado, encarregados da repressão.** Por isso mesmo, ao invés de se declararem anistiados os autores de crimes políticos e crimes comuns a ele conexos, como fez a lei de anistia promulgada pelo ditador Getúlio Vargas em 18 de abril de 1945, redigiu-se uma norma propositalmente obscura. E não só obscura, mas tecnicamente inepta.

A anistia é um ato político declaratório de impunibilidade, e sua função inicial era justamente a oposta do que seu uso revelou possível: extinguir o ato criminoso dos militantes contra a Ditadura. Ao contrário, a lei tem sido maquiavelicamente utilizada para tornar impunes todos os crimes cometidos pelos agentes da repressão, incluindo aqueles que atentaram contra a integridade física (agressões, tortura e homicídio) e psicológica ou emocional (estupro, atentado ao pudor e, novamente, tortura).

2.3 Do julgamento de improcedência da ADPF 153 pelo STF

O julgamento pela constitucionalidade da lei abre um precedente jurisdicional outrora impensável: a aceitação, pelo poder público, de uma margem necessária e aceitável de violação dos direitos humanos enquanto pressuposto conformador do Estado Democrático de Direito brasileiro.

A ADPF 153 constituiu um verdadeiro movimento social brasileiro em prol do reconhecimento do acesso à verdade e à construção da memória nacional brasileira, enquanto direitos humanos fundamentais para a erigção da ordem democrática, que então se instaurou a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Participaram como *amicus curiae* a Associação Juizes para a Democracia, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional – CERJIL, a Associação brasileira de anistiados políticos – ABARP e a Associação democrática e nacionalista de militares.

Contudo, dos onze ministros que compõe a corte suprema brasileira, somente dois deram provimento à ação. Em uníssono, os ministros que optaram pela improcedência da ação entenderam que a anistia geral e irrestrita estende-se aos agentes opressores e que este foi o preço que a Democracia no Brasil teve que pagar para que fosse concretizada a transição democrática.

3 Custo democrático: uma análise da “justiça de transição” na hipótese brasileira

O argumento de que existe um “custo” a ser “pago” pela sociedade para que a mesma possa conviver pacificamente em “democracia”, possui repercussões sérias e permite a cogitação de uma nova forma autoritária de manifestação política: a legitimada, a instituída, a “democrática”.

O Conselho de Segurança da ONU (2009, p. 325) assim define a expressão “justiça de transição”:

A noção de ‘justiça de transição’ discutida no presente relatório compreende o conjunto de processos e mecanismos associados às tentativas da sociedade em chegar a um acordo quanto ao grande legado de abusos cometidos no passado, a fim de assegurar que os responsáveis prestem contas de seus atos, que seja feita a justiça e se conquiste a reconciliação. Tais mecanismos podem ser judiciais

e extrajudiciais, com diferentes níveis de envolvimento internacional (ou nenhum), bem como abarcar o juízo de processos individuais, reparações, busca da verdade, reforma institucional, investigação de antecedentes, a destruição de um cargo ou a combinação de todos esses procedimentos.

A postura brasileira revela um momento de afirmação histórica do direito à verdade e à memória nacional, no qual a sociedade veio clamar pelo seu reconhecimento. De uma postura letárgica e anestésica¹⁰, percebemos o despertar e o movimentar dos cidadãos e instituições em torno da temática da democracia, notadamente logrando reafirmá-la, para melhor distinguir os tempos “democráticos” que vivemos, do passado “obscuro” e ditatorial. Contudo, o Estado-governo mostra uma relutância em aceitar esse afloramento natural de direitos humanos.

O mais notável, nesse caso, é a cooptação¹¹ com a qual o Judiciário, por meio de sua mais alta corte, foi subjugado. A legislação nacional e internacional aplicável bastaria para elidir uma interpretação ofensiva aos direitos humanos que pudesse ser feita da lei de anistia. Contudo, optou-se pela via mais tormentosa, pela legitimação da violação sistemática dos direitos humanos. Pela negação judicial do afloramento desses novos direitos, que foram revelados pelas contingências sociais.

¹⁰ Sobre o despertar “sinestésico” de uma cultura de direitos humanos, conferir “Fazendo e Desfazendo Direitos Humanos”, de Davi Sanchez Rúbio.

¹¹ Com base na leitura de Simon Schwartzman (1988), entendemos que este fenômeno se refere a um sistema específico de participação política que se caracteriza por ser débil, dependente, controlado hierarquicamente ou “de cima para baixo”.

Conclusões

Das exposições traçadas, concluímos que:

- a) Coexistem diversos textos normativos que tutela direitos humanos na América Latina, os quais são aplicáveis à hipótese brasileira;
- b) A mera existência dessas normas supranacionais permitiria a aceitação da Lei de Anistia como afronta aos direitos humanos;
- c) O direito à verdade e à memória nacional integram o conteúdo jurídico dos direitos humanos;
- d) O julgamento da lei de anistia compreendeu postura cooptada do Judiciário brasileiro;
- e) O julgamento da ADPF negou o afloramento histórico, sinestésico, de direitos humanos no Brasil em um contexto pós-ditatorial;
- f) O argumento de que existe um “custo” a ser “pago” pela sociedade para que esta coexista democraticamente, é um afronta aos direitos fundamentais.

Referências

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4. ed. Brasília, DF: UNB, 1994.

LEDUR, José Felipe. **A realização do direito ao trabalho**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2007.

NAÇÕES UNIDAS. O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito: relatório do secretário geral S/2004/616. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, DF, n. 1, p. 320-351, jan./jun. 2009.

RUBIO, David Sanchez. **Fazendo e desfazendo direitos humanos**. Tradução Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010. (Coleção Direito e Sociedade Contemporânea).

SCHWARTZMAN, Simon. **Bases do autoritarismo brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Campus, 1988.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

Recebido em: 01/03/2011

Avaliado em: 20/05/2011

Aprovado para publicação em: 24/05/2011