



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Karine Cunha de Souza

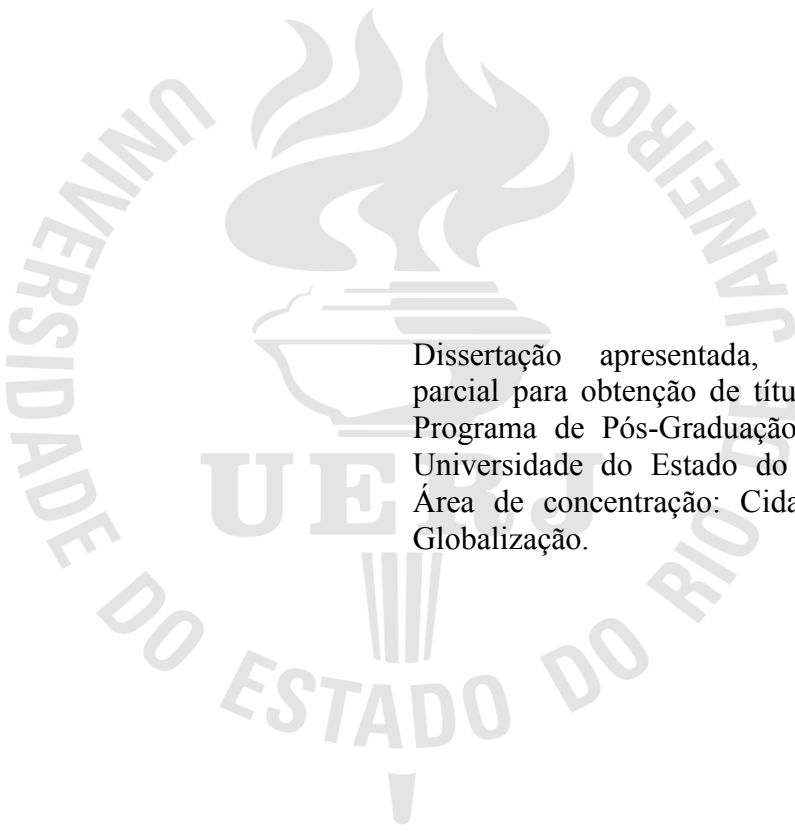
**Democracia e Estado de Direito nas transições políticas: críticas aos
modelos de justiça de transição e uma análise do caso brasileiro**

Rio de Janeiro

2015

Karine Cunha de Souza

Democracia e Estado de Direito nas transições políticas: críticas aos modelos de justiça de transição e uma análise do caso brasileiro



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção de título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Orientadora: Prof.^a Dra. Jane Reis Gonçalves Pereira

Rio de Janeiro

2015

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S719	Souza, Karine Cunha de. Democracia e Estado de Direito nas transições políticas : críticas aos modelos de justiça de transição e uma análise do caso brasileiro / Karine Cunha de Souza. – 2015. 161 f. Orientadora: Profa. Dra. Jane Reis Gonçalves Pereira. Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. 1.Direito público -Teses. 2. Democratização- Teses. 3.Estado de direito - Teses. 4. Justiça – Teses. 5. Ciência política – Teses. I. Pereira, Jane Reis Gonçalves. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título. CDU 342
------	---

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Karine Cunha de Souza

Democracia e Estado de Direito nas transições políticas: críticas aos modelos de justiça de transição e uma análise do caso brasileiro

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção de título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovada em: 17 de agosto de 2015.

Banca Examinadora:

Prof.^a Dra. Jane Reis Gonçalves Pereira (Orientadora)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. José Ricardo Ferreira Cunha
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. José Ribas Vieira
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2015

DEDICATÓRIA

Ao Tio Manoel (*in memoriam*).

AGRADECIMENTOS

À Prof.^a Dra. Jane Reis Gonçalves Pereira, pela confiança depositada e pela valiosa orientação que me conduziu por essas linhas. Esteja certa de que as suas intervenções sempre atiladas, combinadas com a sua habitual simpatia, tornaram esse trabalho mais leve e prazeroso.

A todos os Professores e colegas do Programa de Mestrado, com quem tive a honra de conviver e de quem tanto aprendi.

Aos amigos e irmãos da Igreja Presbiteriana do Brasil, por tantas lições e alegrias compartilhadas ao longo dos últimos dois anos.

À Lu, amiga de todas as horas.

À minha saudosa família, espalhada pelos quatro cantos do Brasil. Porque vocês estão no meu pensamento e no meu coração, o mérito desse esforço também estendo a vocês.

Ao tio Jacob, pelas conversas afiadas e pelos livros gentilmente enviados.

À minha querida mãe, Dita, pela cumplicidade velada no curso de mais essa etapa. Falta-me a eloquência necessária para expressar o quão importante você foi, é, e sempre será para mim!

Por fim, e de modo mais especial, ao Senhor Deus; de quem, por quem e para quem certamente são todas as coisas.

Já tinha aprendido de Vós que não devemos ter qualquer coisa como verdadeira pelo fato de ser dita eloquentemente, nem como falsa, por ser expressa em linguagem rude. Pelo contrário, não a devemos julgar verdadeira por ser enunciada de um modo inculto, nem falsa por ser proposta em estilo elegante.

A sabedoria e a ignorância são como os alimentos úteis ou nocivos. Podem-nos ser apresentados com palavras polidas ou com rudeza de forma, como os bons e maus alimentos nos podem ser servidos em pratos finos ou grosseiros.

Agostinho de Hipona

RESUMO

SOUZA, K. C. *Democracia e Estado de Direito nas transições políticas: críticas aos modelos de justiça de transição e uma análise do caso brasileiro*. 2015. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

Além dos elementos que integram a estrutura dos processos de democratização, este trabalho aborda o conjunto de medidas existentes para lidar com os problemas resultantes dos períodos de transição política, a partir da análise crítica dos modelos utilizados no curso da genealogia da justiça de transição. Na parte dedicada à crítica ao modelo de transição negociada, verificamos que, durante a segunda fase da genealogia, os estudos sobre os processos de transição adotaram como parâmetro de avaliação uma noção procedimental e elitista de democracia. Já na crítica aos modelos de primeira e terceira fases, observamos uma ênfase excessiva em um modelo retributivo de justiça de transição, que é encarado como ideal absoluto. Por fim, aplicamos as conclusões teóricas parciais a um estudo de caso, debruçando-nos sobre os mecanismos de justiça de transição manejados no Brasil.

Palavras-chave: Democratização. Justiça de transição. Modelos. Críticas. Brasil.

ABSTRACT

SOUZA, K. C. *Democracy and the rule of Law in political transitions: critics to the transitional justice models and an analysis of the brazilian case*. 2015. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

In addition to the elements that integrate the framework of democratization processes, this work addresses the existing set of measures to deal with problems arising from the periods of political transition, based on the critical analysis of the models used in the course of the transitional justice genealogy. In the part devoted to the critique of the negotiated transitional model, we note that, during the second phase of the genealogy, the studies on transitional processes adopted a procedural and elitist notion of democracy as their evaluation parameter. On the other hand, in the critique to the models of first and third stages, we observe an overemphasis in a retributive transitional justice model, which is regarded as ideal. Finally, we applied the partial theoretical conclusions to a case study, focusing on the transitional justice mechanisms managed in Brazil.

Keywords: Democratization. Transitional justice. Models. Critiques. Brazil.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1	Prevalência de Mecanismos de Justiça de Transição	45
Tabela 2	Implicações do Tipo de Regime Anterior quanto às Tarefas de Consolidação Democrática	53

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AI	Ato Institucional
ALN	Aliança Libertadora Nacional
Arena	Aliança Renovadora Nacional
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CIE	Centro de Informações do Exército
CNV	Comissão Nacional da Verdade
Codi	Comando de Operações de Defesa Interna
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
MDB	Movimento Democrático Brasileiro
MPF	Ministério Público Federal
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OEA	Organizações dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
PC do B	Partido Comunista do Brasil
PDS	Partido Democrático Social
PDT	Partido Democrático Trabalhista
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
PFL	Partido da Frente Liberal
PIB	Produto Interno Bruto
PM	Polícia Militar
PMDB	Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PSOL	Partido Socialismo e Liberdade
PTB	Partido Trabalhista Brasileiro
PT	Partido dos Trabalhadores
RDA	República Democrática Alemã
RFA	República Federal Alemã
STF	Supremo Tribunal Federal
TPI	Tribunal Penal Internacional

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	11
1	NOÇÕES SOBRE DEMOCRATIZAÇÃO E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO	13
1.1	Os Processos de Democratização	18
1.2	As Dificuldades para a Consolidação da Democracia	21
1.3	A Justiça de Transição: Conceito e Histórico	26
1.3.1	<u>Os Principais Mecanismos</u>	34
1.3.1.1	Reformas Institucionais	34
1.3.1.2	Reparações	37
1.3.1.3	Comissões da Verdade	41
1.3.1.4	Anistias e Julgamentos	44
2	CRÍTICAS ÀS CONCEPÇÕES VIGENTES SOBRE A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO	48
2.1	Crítica ao Modelo de Transição Negociada	49
2.1.1	<u>Os Tipos de Regime e os Tipos de Transição</u>	49
2.1.2	<u>Os Pactos Políticos e a Teoria Hegemônica da Democracia</u>	55
2.1.3	<u>Crítica aos Pactos Políticos e à Teoria Elitista de Democracia</u>	66
2.2	Crítica ao Modelo de Transição das Primeira e Terceira Fases	75
2.2.1	<u>A Relação entre Direito e Moral na Justiça de Transição</u>	75
2.2.2	<u>A Solução de um “Caso Dificílimo”</u>	94
3	UMA ANÁLISE DA (JUSTIÇA DE) TRANSIÇÃO NO BRASIL	109
3.1	Os Reflexos de uma Transição Negociada	116
3.2	Um Desacordo Transnacional: Entre “a Paz” e “a Justiça”?	125
3.2.1	<u>O Supremo Tribunal Federal e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153</u>	127
3.2.2	<u>A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Caso Guerrilha do Araguaia</u>	133
3.3	Conclusões e Prognósticos sobre a (Justiça de) Transição no Brasil	138
	CONCLUSÃO	146
	REFERÊNCIAS	149

INTRODUÇÃO

O século XX, especialmente nos períodos pós-guerra, inaugurou um particular interesse pela questão da democracia. A conjuntura deu azo à emergência de uma opulenta literatura que investiga os processos de democratização, e, em seguida, ainda que com certa resistência, à compilação de um conjunto de medidas para lidar com os problemas decorrentes dos períodos de transição política, um fenômeno que ficou conhecido como “justiça de transição”.

Além de avaliar os elementos que compõem a conjuntura desses momentos de metamorfose política, o presente trabalho, redigido sob o influxo de ideias pensadas de modo assistemático, pretende formular uma análise crítica dos modelos utilizados no curso da genealogia da justiça de transição. O fundamento que nos impulsiona consiste na premissa de que, se, por um lado, uma abordagem exclusivamente política desses períodos produz efeitos prospectivos danosos, que prejudicam e às vezes até mesmo impedem o avanço democrático; por outro, uma postura universalista, desprezada de elementos históricos, políticos e sociais locais, também se afigura falha.

Com efeito, é vasto o número de estudos desenvolvidos sobre o tema da justiça de transição, mas a maioria deles tem se dedicado, ora a uma análise estritamente realista, ora estritamente idealista. Há consenso em torno de um núcleo mínimo do fenômeno, mas persiste uma celeuma na escolha por mecanismos de efetivação: legatário dos trabalhos sobre os momentos de efervescência política na década de 1970, o modelo de transição negociada tem colocado em evidência a necessidade da realização de pactos para que ocorra a transição política; ao contrário, herdeiro de uma tradição internacionalista, o modelo retributivo tem focado na necessidade de punição por crimes cometidos contra os direitos humanos. Foi precisamente por lamentar a apropriação equivocada das noções de democracia e Estado de direito por esses discursos que firmamos os pilares dessa investigação.

Como toda profunda mudança estrutural, o processo de democratização requer tempo e a adoção de mecanismos e de políticas apropriados. Sem considerarmos as condições em que o regime democrático encontra a sua gênese e se desenvolve, é mais difícil refletirmos acerca do estado de coisas atual, e a construção de um sistema onde o Estado de direito e a democracia possam florescer resta, no mínimo, comprometida. Uma análise crítica desses momentos e um olhar atento à realidade à nossa volta podem indicar uma relação entre os

problemas que enfrentamos hoje e um passado mal resolvido. Por exemplo, a falta de um reconhecimento oficial das violações provocadas por agentes públicos e a ausência de medidas reparatórias podem irradiar uma sensação de impunidade e, assim, encorajar a ocorrência de novos crimes de mesmo cariz. Ou, ainda, desenhos institucionais elaborados no contexto de acordos políticos levados a efeito em momentos de transição podem refletir discretas, mas importantes reminiscências de autoritarismo.

O nosso fio de Ariadne consiste na suspeita de que lidar com os problemas decorrentes da mudança de regime, e, por extensão, identificar as debilidades dos modelos de solução então vigentes, constitui condição indispensável para o fortalecimento do novo regime, uma vez que, ocultos nesses problemas, estão questões de identidade nacional e de legitimidade política. Neste sentido, a importância maior desse trabalho reside na necessidade de se compreender que, embora ultrapassado o período da transição propriamente dita, o processo de democratização continua em curso, com a revisão dos problemas que nos impedem de nos aproximar do ideal de Estado democrático de direito.

A inserção neste cenário teórico também nos remeterá a uma reflexão sobre os contornos da justiça de transição no Brasil. Nesta toada, com o propósito de aplicar as conclusões teóricas parciais a um estudo de caso, debruçamo-nos sobre os mecanismos de justiça de transição manejados no contexto brasileiro. Com efeito, parece que só agora, quase trinta anos depois de iniciado o processo de redemocratização, o país encontrou base assaz sólida para a realização do devido balanço histórico.

Neste sentido, a análise completa promovida por esse ensaio se encontra dividida em três principais eixos. Na primeira parte, cuidaremos de apresentar alguns dos principais aspectos atinentes aos processos de democratização, focando no imperativo da justiça de transição para lidar com as violações de direitos ocorridas no passado, de modo a evitar que se repitam no futuro. Na segunda, teceremos críticas ao modelo de justiça de transição pautado apenas por contingências políticas, e enfrentaremos uma das principais controvérsias existentes em torno da aplicação da justiça de transição, tangenciando a discussão sobre a suposta relação havida entre Direito e Moral, especialmente a partir do abrandamento do marco *westfaliano* e da emergência de diplomas internacionais de promoção dos direitos humanos. Por fim, partiremos para uma breve análise da justiça de transição em curso no Brasil e para a identificação das principais controvérsias ainda pendentes.

1 NOÇÕES SOBRE DEMOCRATIZAÇÃO E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Não há um consenso sobre quando exatamente surgiu a democracia, nem mesmo em seu arquétipo mais simples. Os norte-americanos crêem que sua história teve início há cerca de duzentos anos, nos Estados Unidos, mas alguns estudiosos apontam para origens ainda mais remotas – para além, inclusive, da Grécia¹ e Roma antigas.² Um dado, porém, é incontestável: a despeito da acumulação, até então, de experiências democráticas isoladas, a emergência da democracia foi uma das conquistas mais importantes – se não a mais importante – do século XX.

Em meio à incrível variação de modelos descritivos e normativos, emergem inúmeros debates sobre qual seria a melhor forma de democracia. Mas essa discussão é essencialmente contemporânea. Durante a primeira metade do século passado, a discussão em torno da democracia referiu-se principalmente à sua desejabilidade. Isso porque, ao contrário do que se poderia imaginar, o compromisso com esta é, na verdade, um fenômeno recente; até o século XIX, tal forma de governo era normalmente associada às massas iliteradas e, por isso, considerada, por muitos, perigosa e subversiva (Santos e Avritzer, 2002:39).

Após a Segunda Guerra Mundial, entre os anos de 1960 e 1970, as análises passaram a se concentrar nas condições estruturais da democracia, ou seja, nas características que, agrupadas, favoreceriam o surgimento de um ambiente democrático. Não obstante, o movimento oscilatório em relação ao referido regime fez com que alguns cientistas políticos voltassem suas atenções às supostas vantagens do autoritarismo. Direcionados ou não, boa parte desses estudos prestaram à compensação do declínio de legitimidade de regimes não democráticos, por meio da promessa de desempenhos econômicos mais satisfatórios.

A despeito dos rumos pouco auspiciosos para a democracia, outra diretriz de estudos começou a ser revelada, quando, aos 25 de abril de 1974 (data da Revolução dos Cravos), entendeu-se, em uma estação de rádio portuguesa, a imponente marcha de “Grândola, Vila Morena”. Nesse momento, teve início uma série de profundas transformações em Estados do

¹ Afirma-se que os gregos – provavelmente os atenienses – foram os responsáveis pela cunhagem do termo *demokratia* (“*demos*”, o povo; “*kratos*”, governar), há cerca de 2.400 anos (Sartori, 1994:34). Não obstante, é curioso notar que o vocábulo era, não raro, utilizado por seus críticos aristocráticos como epíteto de desprezo dirigido às pessoas comuns, que lhe haviam usurpado o poder (Dahl, 2001:21).

² As condições adequadas para o desenvolvimento da democracia puderam ser reunidas em diferentes épocas e lugares, de modo que é possível que haja existido alguma forma de democracia em governos tribais antes da história registrada (Dahl, 2001:19).

Sul da Europa e da América Latina, que, no curso de aproximadamente quinze anos, levou à “descompressão” e abertura políticas de diversos regimes não democráticos.

Os movimentos de ressurgência democrática deram azo à cunhagem do termo “ondas de democratização”, para se referir ao conjunto de transições de regimes não democráticos para democráticos, que ocorreram em um período de tempo específico e que são significativamente mais numerosas do que as transições na direção oposta durante o mesmo período (Huntington, 1994:23).³

Huntington catalogou a ocorrência de três ondas de democratização⁴ no mundo moderno (1994:25): a primeira onda (longa), de 1828 a 1926, com raízes nas revoluções americana e francesa; a segunda onda (curta), de 1943 a 1962, com gênese na ocupação promovida pelos Aliados na Alemanha Ocidental, Itália, Áustria, Japão e Coreia, por ocasião do fim da Segunda Guerra Mundial; e a terceira onda, de 1974 em diante, cujo estopim fora precisamente a revolução portuguesa.⁵ Segundo o autor, cada uma delas, com exceção da última, fora acompanhada por uma onda reversa – um refluxo que reverteu o sentido dos vetores democratizantes de alguns dos países que anteriormente haviam realizado a transição para a democracia.⁶

³ É de se notar, porém, que uma onda poderia envolver apenas impulsos liberalizantes e que a abordagem do fenômeno como um todo não ignora o fato de que alguns países se democratizaram sem terem sido envolvidos por uma onda (Schmitter, 1997:31).

⁴ Schmitter (1997:31), por seu turno, computou a ocorrência de quatro ondas, pois entendeu que a primeira onda huntingtoniana parecia “temporalmente excessiva”, afigurando-se razoável a divisão de sua extensão em duas. Desse modo, a primeira onda teria duração de 1848 a 1852 (“Primavera da Liberdade”); a segunda, de 1914 a 1922 (durante e após a Primeira Guerra Mundial); a terceira, de 1945 a 1965 (consequência da Segunda Guerra); e a quarta, a partir da Revolução dos Cravos, em Portugal.

⁵ Países atingidos pela: (i) 1ª onda: Austrália, Canadá, Finlândia, Islândia, Irlanda, Nova Zelândia, Suécia, Suíça, Reino Unido, Estados Unidos da América, Chile, Áustria, Bélgica, Colômbia, Dinamarca, França, Alemanha Ocidental, Itália, Japão, Holanda, Noruega, Argentina, Tchecoslováquia, Grécia, Hungria, Uruguai, Alemanha Oriental, Polônia, Portugal, Espanha, Estônia, Letônia e Lituânia; (ii) 2ª onda: Áustria, Bélgica, Colômbia, Dinamarca, França, Alemanha Ocidental, Itália, Japão, Holanda, Noruega, Argentina, Tchecoslováquia, Grécia, Hungria, Uruguai, Botsuana, Gâmbia, Israel, Jamaica, Malásia, Malta, Sri Lanka, Trinidad e Tobago, Venezuela, Bolívia, Brasil, Equador, Índia, Coreia do Sul, Paquistão, Peru, Filipinas, Turquia, Nigéria, Birmânia, Fiji, Gana, Guiana, Indonésia e Líbano; e (iii) 3ª onda: Chile, Argentina, Tchecoslováquia, Grécia, Hungria, Uruguai, Alemanha Oriental, Polônia, Portugal, Espanha, Bolívia, Brasil, Equador, Índia, Coreia do Sul, Paquistão, Peru, Filipinas, Turquia, Nigéria, Bulgária, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Mongólia, Namíbia, Nicarágua, Panamá, Romênia, Senegal, Sudão e Suriname.

⁶ A primeira onda reversa teria ocorrido entre 1922 e 1942, e começado com a ascensão do Partido Nacional Fascista na Marcha sobre Roma. A segunda e última, entre 1958 e 1975, a partir das operações de descolonização de países africanos. Países atingidos pela: (i) 1ª onda reversa: Áustria, Bélgica, Colômbia, Dinamarca, França, Alemanha Ocidental, Itália, Japão, Holanda, Noruega, Argentina, Tchecoslováquia, Grécia, Hungria, Uruguai, Alemanha Oriental, Polônia, Portugal, Espanha, Estônia, Letônia e Lituânia; e (ii) 2ª onda reversa: Chile, Argentina, Tchecoslováquia, Grécia, Hungria, Uruguai, Bolívia, Brasil, Equador, Índia, Coreia do Sul, Paquistão, Peru, Filipinas, Turquia, Nigéria, Birmânia, Fiji, Gana Guiana, Indonésia e Líbano.

A última onda teria sido mais abrangente em seu alcance, mais impactante e menos sujeita a regressões, do que as anteriores. Parte desse êxito costuma ser atribuída ao papel dos efeitos-demonstração (ou bola-de-neve), que foram mais decisivos na terceira onda, em vista da significativa expansão das comunicações e dos transportes globais. Acontecimentos distantes passaram a ganhar relevância e a democratização bem-sucedida em alguns países, a encorajar o avanço da democracia em outros – seja porque esses países parecem enfrentar problemas similares ou porque o país que se democratizou é tido como um modelo político a ser reproduzido (Huntington, 1994:105).⁷

De fato, os números apontam para uma progressão no número de países atraídos pelas últimas ondas. Apesar de, na contagem de Huntington (1994:35),⁸ as três primeiras ondas terem alcançado, respectivamente, 45,3%, 32,4% e 45%, do total de Estados do mundo, dados da *Freedom House*,⁹ dão conta de que apenas 76 países (46%) foram classificados como formalmente democráticos, em 1990; em contraste com 122 (63%), em 2014¹⁰ (“*Number and percentages of electoral democracies*”, “*FIW*”, 1989-2014).¹¹

A despeito dessa constatação, continua pairando no ar uma dúvida referente ao grau de permanência do movimento iniciado na década de 1970. Será que a terceira onda, a exemplo das anteriores, irá regredir quando atingir o seu ápice ou, ao contrário, o fenômeno sinaliza para uma tendência global e definitiva para a democracia, “uma tendência natural, devida a uma lei geral do progresso social” (James Bryce apud Huntington, 1994:26)?

Francis Fukuyama, em seu livro “*O fim da história e o último homem*” assevera que, com o colapso do comunismo, ao fim da Guerra Fria, o apelo da democracia liberal, acompanhado da ausência de opções concorrentes capazes de abalar a sua hegemonia, resultará na adesão à mesma como o fim absoluto da história (Plattner, 1996:44). Jowitt, a seu

⁷ O autor lista outras quatro mudanças que podem ter desempenhado uma influência significativa sobre os países atingidos pelo fenômeno. São elas: o declínio da legitimidade dos sistemas autoritários; o crescimento econômico; alterações na doutrina e nas atividades da Igreja católica; e mudanças nas políticas de atores externos (1994:54).

⁸ O estudo de Huntington, cuja última edição data de 1994, não deu sequência à apuração de países atingidos pelo que o autor considerou “a terceira onda”.

⁹ A *Freedom House* é uma organização independente dedicada à expansão da liberdade, fundada em 1941, e sediada em Washington, D.C., nos Estados Unidos.

¹⁰ Deve-se consignar que parte desse crescimento também é resultado do aumento no número de países no período pós-1990, provocado pela dissolução da União Soviética.

¹¹ O “*Freedom in the World*” (“*FIW*”) é um relatório global anual emitido pela organização, com base em indicadores de direitos políticos e liberdades civis. Outras duas fontes confiáveis de contagem dos países democráticos no mundo são o relatório anual “*Democracy Index*” da *The Economist Intelligence Unit* e a análise “*Polity III*”, feita pela Universidade do Colorado.

turno, apesar de identificar uma mudança de paradigma com a extinção leninista, argumenta que a ascensão da democracia liberal constitui apenas um efeito inicial e temporário. Segundo o autor, é provável que, diante da turbulência emergente no cenário internacional (em que as fronteiras territoriais, ideológicas e políticas, tornam-se cada vez mais instáveis e confusas), uma nova ideologia seja formulada para lidar com o novo modo de vida (Plattner, 1996:42). Neste sentido, a democracia não constituiria um fim absoluto, mas tão-só uma possibilidade de resultado – uma possibilidade que considera “historicamente rara e de difícil constituição” (Jowitt, 1996:35).

Como bem assinalou Bobbio (1987:17), “a dificuldade de conhecer o futuro depende também do fato de que cada um de nós projeta no futuro as próprias aspirações e inquietações”. A simples ideia de propensão ao progresso (moral e social), típica da concepção linear da história,¹² já é *de per se* uma das mais tormentosas. Para acreditarmos que ela, de fato, existe, devemos pressupor uma série de crenças, hoje já frequentemente tidas como ingênuas (a começar, por exemplo, pelo reconhecimento da perfectibilidade da natureza humana). Some-se a isso o caráter ambíguo dos fatos históricos, perceptível no contraste entre avanços, estagnações e retrocessos dos mais variados matizes (dentre os quais, as ondas e os refluxos democratizantes), e teremos como resultado uma proximidade ainda maior do ceticismo refratário à “perspectiva consoladora para o futuro” (Kant, 1986:23).

Ocorre que nem mesmo Kant (1986:23), no auge de sua filosofia da história,¹³ ignorou a existência de “vícios” ao longo do percurso. Também outros estudiosos (talvez, sem saber, a meio passo da filosofia kantiana), mesmo diante da inconstância dos relatos históricos, crêem ser possível identificar, no avanço da democracia, um indício ou um “signo” (*signum rememorativum, demonstrativum, prognosticum*) de um “evento extraordinário”, tal como um dia fora a Revolução Francesa para o filósofo tedesco (Bobbio, 2004:123).

Neste novo contexto, a democracia, à medida que se afirma, sinalizaria um movimento gradual de mudança na sociedade, em prol da efetivação dos direitos do homem, e, por

¹² O desenvolvimento da concepção linear da história é comumente atribuído à tradição judaico-cristã, na pessoa de Agostinho de Hipona, mas é também explorada, desde uma perspectiva secular, por inúmeros filósofos (Bodin, Bacon, Descartes e, mais profundamente, por Kant). A visão progressiva desta contrasta com a concepção regressiva (ou cíclica) da história, predominante na época clássica e pré-cristã, e bem ilustrada na lei dos ciclos de Políbio (“anaclose”) e na tese dos círculos de Maquiavel (Bobbio, 2000:90).

¹³ Voltaire foi o primeiro a elaborar o conceito de filosofia da história, em uma resenha sobre a “História da Inglaterra” de David Hume (1764). Entretanto, o sentido do termo cunhado pelo filósofo francês diferiu significativamente daquele apresentado por Kant em “O Conflito das Faculdades”. Enquanto o primeiro relacionava o novo ramo de estudos ao método indutivo, o filósofo de Königsberg tratava de uma história *a priori*, profética, que não procederia de causas, mas, antes, da disposição moral do gênero humano (Terra, 1986:58).

extensão, da *possibilidade* de progresso. É neste sentido, por exemplo, que, tendo como premissa a forte correlação entre aumento de renda, educação e democracia, alguns analistas da década de 1990 propuseram que o aumento nos níveis de educação e renda reverteria em expressivas consequências políticas, mormente em expansão e consolidação de formas democráticas de governo, até o ano de 2020 (Rowen, 1996:314).¹⁴

Talvez uma mostra do nível que tem alcançado a confiança na democracia possa ser encontrada na constante demanda pela formação de novas instituições que promovam, de forma permanente e em nível global, o diálogo com a sociedade civil transnacional (Nancy Fraser, 2008).¹⁵

O fato é que a natureza dos estudos sociais, avessa às formas exatas de demonstração, impede-nos de comprovar quaisquer das conjecturas sobre o futuro das novas democracias. Talvez tenha sido por isso que Max Weber, quando questionado sobre o futuro da Alemanha, no final da guerra, respondeu que “a cátedra não existe nem para os demagogos, nem para os profetas” (Bobbio, 1987:17).

Há algo, no entanto, que parece auto-evidente, a ponto de ser erigido à categoria de axioma, a saber: independentemente de sua adaptabilidade, a democracia goza de notória superioridade quando comparada às demais alternativas de governo, tanto sob o prisma do grau de legitimidade¹⁶ quanto à luz de uma ótica utilitarista (por exemplo, capacidade de promover prosperidade econômica).

Partindo dessa hipótese, começamos agora a pensar o processo de concreção das democracias, as críticas a ele direcionados e os métodos pensados para aperfeiçoá-las. Afinal, o futuro da democracia depende de sua capacidade de mudar, de adaptar-se e de aprender;

¹⁴ A ideia, que remonta a Aristóteles, de que uma sociedade próspera induz à participação popular, não é unânime entre os cientistas políticos. O que se pode afirmar, com relativa segurança, é que a proteção aos direitos de propriedade, estimulada em ambientes democráticos, torna a democracia um regime mais compatível com economias estáveis do que qualquer outro (Rowen, 1996:309). Por outro lado, a noção de que a educação consiste em requisito básico para a democracia parece não produzir profundos desacordos: cidadãos mais educados tendem a participar mais e melhor de debates políticos. Entre os juristas, o pressuposto é largamente difundido na compreensão do caráter interdependente e indivisível dos direitos humanos.

¹⁵ É verdade que os mecanismos para concretizar essa demanda ainda não foram plenamente dados a conhecimento. Mas talvez possamos dizer que, tal como a antiga república romana, que não conseguiu vislumbrar um tipo de democracia capaz de adaptar o modelo grego às exigências locais, os estudiosos da atualidade simplesmente ainda não se encontram aptos a superar os óbices impostos pela globalização à democracia de hoje. O que certamente não nos impede de pensar que estarão um dia.

¹⁶ Conforme esclarece Huntington (1994:57), os regimes democráticos tem como uma de suas premissas fundamentais a necessidade de alternância no poder, que, além de oxigenar as instituições políticas, possibilita a apresentação de novas propostas a cada nova coalizão que alcança o poder. Por outro lado, a legitimidade de regimes não democráticos tende a erodir com o tempo, na medida em que as promessas feitas são descumpridas e não há previsão de um mecanismo de renovação política.

quanto mais rígida uma teoria democrática, menos chances de êxito parecemos ter (Król, 1993:362). Há provavelmente um único meio de descobrir o quanto uma democracia pode melhorar, e, sem dúvida, esse caminho envolve uma série de tentativas e um alto risco de erro. Ainda assim, nós escolhemos tentar.

1.1 Os Processos de Democratização

Bandeiras de verde floresta e amarelo ouro ganharam as ruas das principais cidades do Brasil. “Eu quero votar pra Presidente” se tornou o bordão de milhões de brasileiros que encheram as ruas das principais cidades do país, em 1984. A campanha das “Diretas já” no Brasil refletiu o engajamento popular na luta por uma representação autêntica que simbolizasse, ao mesmo tempo, o fim definitivo do regime precedente e o início da revitalização política.

Movimentos similares a este ocorreram em outras partes do mundo, na mesma época. Alguns mais abruptos e ligeiros, levados a cabo por uma oposição forte; outros mais graduais, dados à ação conjunta dos grupos no governo e na oposição. Mas todos, enquanto produções da terceira onda, serviram de inspiração e arrimo para uma nova postura teórico-metodológica, que, por sua vez, deu azo a uma opulenta literatura sobre os processos de democratização ao redor do mundo. Os trabalhos culminaram na constituição de um ramo de estudos específico dentro da Ciência Política: os estudos de democratização (*democratization studies*) – ou, como preferem alguns, as subdisciplinas independentes, e ao mesmo tempo solidárias, “transitologia” e “consolidologia” (Quinalha, 2013:36).

A ideia de “processo” de democratização remete a uma caminhada paulatina rumo à democracia. Segundo a doutrina tradicional, dito processo envolveria o fim de um regime não democrático, a instalação de um regime democrático e a sua consolidação.¹⁷ Neste sentido, a transitologia e a consolidologia despontaram na sistematização teórica das experiências de mudança de regime e de estabilização das instituições democráticas, respectivamente.

¹⁷ Como ficará claro ao longo de nossa exposição, a compreensão das duas primeiras fases do processo de democratização peca em função de sua falta de rigor metodológico: fundamenta-se, primordialmente, em uma concepção de democracia como competição eleitoral. A compreensão da terceira fase, por sua vez, baseia-se em critérios distintos e, por isso, consideramo-la mais apropriada. Não obstante, a divisão em fases possui um inegável mérito heurístico, de modo que, guardado o espaço para as críticas devidas, será aproveitada neste trabalho.

Neste contexto, a transição é compreendida em uma acepção exclusivamente temporal, isto é, como o intervalo havido entre a queda de um regime político e a emergência de outro (O'Donnell, 1986:6). Na situação específica da transição democrática, a doutrina clássica tem esta por encerrada quando o novo regime, necessariamente democrático, é capaz de impor supremacia aos que anteriormente detinham o poder, instalar instituições regulares e promulgar uma constituição majoritária.

Alinhando-se a essa ótica, Linz e Stepan (1999:21) consideram que uma transição para a democracia está completa quando um grau de acordo foi alcançado em relação aos procedimentos políticos para a realização de eleições; quando um governo é eleito a partir do voto popular livre; quando este governo detém autoridade para gerar novas políticas; e quando os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, não dividem o poder com outros organismos.¹⁸

É intuitivo o elevado grau de efervescência e de indeterminação do período. Na eventualidade de ser concluída, a duração da transição pode variar significativamente de país para país; a brasileira, por exemplo, de dezesseis anos, é quase duas vezes mais longa do que a portuguesa (a mais longa do contexto sul-europeu). É-lhe também bastante característica a imprecisão quanto às regras do jogo, quase sempre objetos de intensa discórdia e luta políticas.

Geralmente o primeiro sinal de que a transição para a democracia teve início ocorre quando forças de dentro do *establishment* autoritário começam a modificar suas próprias regras e a redefinir e expandir direitos e garantias. Esse período inicial da transição, em que o regime não democrático diminui o nível de repressão, e que pode ser tanto uma situação quanto um processo, ficou conhecido como “liberalização” (“abertura”, “distensão”, “afrouxamento”, “reconstrução”, “*perestroika*” ou “reforma”) (Przeworski, 1989:26).

Cabe notar, contudo, que democratização e liberalização não se confundem. Apesar de a liberalização exigir uma série de mudanças sociais e políticas (por exemplo, menos censura, a introdução de garantias jurídicas, a libertação de presos políticos, o retorno de exilados, a tolerância à oposição), a democratização, como conceito mais amplo, remete à conquista da democracia *per se* e, salvo em caso de rupturas ou substituições (v. *infra*), constitui estágio posterior àquela. Para distinguir uma da outra, Przeworski (1988:61) aduz que a democratização, ao contrário da liberalização, possui como elemento essencial a incerteza, no sentido de que os resultados do processo político são indeterminados e ninguém pode assegurar que os seus interesses serão os prevalentes.

¹⁸ Adam Przeworski (1989:21) soma à referida definição a necessidade de uma real possibilidade de alternância no poder e de que tal alternância possa produzir mudanças políticas reversíveis.

Ademais, é interessante notar que a democratização traduz um momento de progressiva estabilidade política. Segundo Przeworski (1989:22), a estabilidade dos regimes reside na pureza dos elementos repressão e representação: um sistema de governo altamente repressivo, mas sem organização autônoma, costuma ser estável porque o que ameaça os regimes autoritários é a contra-hegemonia; por outro lado, um sistema com ampla representação e baixa repressão é propício à estabilidade, porque nele a participação livre constitui fator determinante para o alcance de resultados que afetam o bem-estar da coletividade.

Com efeito, a característica fundamental do período denominado “autoritarismo liberalizado” ou “*dictablanda*” (O’Donnell, 1986:9) é a manutenção da dependência em relação ao governo arbitrário, que tolera a abertura política com o propósito exclusivo de aliviar uma eventual pressão existente sobre o regime e obter o apoio necessário à permanência de sua autoridade; donde se extrai que a coexistência de repressão e representação, tal como concebida na liberalização, tende invariavelmente à instabilidade.

O que normalmente ocorre na liberalização é o “descongelamento” da sociedade civil. Uma vez que a repressão diminui, a reação natural é a explosão de organizações autônomas da sociedade civil, que se aparelham independentes do regime.¹⁹ Ocorre que, como a estrutura do sistema de governo normalmente permanece centralizada, tais organizações continuam sem canais institucionais para vocalizar seus interesses. É nesse cenário que se irrompem as manifestações de rua, que, por sua vez, tendem a inibir a ação liberalizante. Apenas se estas práticas não representarem uma ameaça óbvia ao regime em vigor é que será possível acumulá-las, institucionalizá-las e, então, abrir caminho à democratização.

A mesma lógica se aplica quando, mesmo após iniciada a democratização, os patronos do regime antecessor continuam promovendo novas restrições a liberdades, com o objetivo de conter a expansão excessiva da democracia ou de manter assuntos contenciosos de seu interesse fora do âmbito de deliberação coletiva. Para esses casos, cunhou-se o termo “democracia limitada” ou “*democraduras*” (O’Donnell, 1986:9).

Nenhum dos resultados merece ser chamado democrático, embora ambos possam levar eventualmente a um regime competitivo e transparente. *Dictablandas* podem não durar muito, uma vez que a liberalização pode levar a uma sociedade civil ressurgente que acabe conquistando mais direitos do que os autocratas gostariam de conceder. Eleições em *democraduras* tem o hábito de produzir ganhadores

¹⁹ O quadro analítico em que o movimento social é pensado como pólo não institucional em contraposição ao sistema institucional, e o Estado é visto como o inimigo contra o qual se mobiliza a sociedade civil, espelha a polarização do período não democrático (Jacobi, 1987:11).

inesperados que, por sua vez, podem vir a usar a autoridade do governo civil para reduzir prerrogativas dos enclaves autoritários. Mas não exageremos. Esses arranjos híbridos também podem servir de fachada para manter a autocracia. Uma vez que pressões externas diminuam ou oponentes internos percam, os administradores podem rapidamente retornar ao *status quo ante* ou a algo pior (Schmitter, 1996:79, grifo do autor).²⁰

Do exposto, duas conclusões parecem razoáveis: em primeiro lugar, que, uma vez rompido o laço do processo de liberalização, a democracia em si constitui apenas uma das alternativas possíveis. As outras opções envolvem a reinstalação de sistemas políticos não democráticos; de regimes intermediários, que combinem elementos democráticos e não democráticos; ou de uma democracia persistente, mas não consolidada. Por fim, e em segundo lugar, que os progressos alcançados nesses domínios (liberalização e democratização) não são irreversíveis. É possível que os fatores que concorreram para a ruína do regime anterior não se sustentem ou não sejam suficientes para a instauração de um novo regime capaz de promover uma verdadeira mudança política (Quinalha, 2013:41).

1.2 As Dificuldades para a Consolidação da Democracia

Em pesquisa realizada pelo Instituto Datafolha no Brasil, em 1992, 42%, das 2.500 pessoas entrevistadas, em nível nacional, consideravam que a democracia é preferível a qualquer outra forma de governo; 24%, que um governo democrático ou um governo não democrático são a mesma coisa; 22%, que um governo não democrático poderia ser preferível à democracia; e 12% não responderam ou não sabiam a resposta (Linz e Stepan, 1999:209). Em 2004, um estudo similar do mesmo departamento de pesquisas, com amostragem de 2.614 pessoas, revelou um aumento de 20% na preferência pela democracia, quedas de 8% na indiferença quanto ao tipo de regime e na preferência por regimes não democráticos e uma diminuição de 4% no quantitativo de pessoas que não sabiam a resposta (v. “*Democracia e Ditadura, PO813734, 19 e 20/02/2014*”).

²⁰ No original: “Neither outcome in itself deserves to be called democratic, although both could lead eventually to competitive and accountable rule. Dictablandas may not last long, since liberalization can lead to a resurgent civil society that winds up gaining more rights than the autocrats ever meant to concede. Elections in democraduras have a habit of producing unexpected winners who, in turn, may use the authority of civilian government to reduce the prerogatives of authoritarian enclaves like the military. But let us not exaggerate. These hybrid arrangements can also serve as facades for enduring autocracy. Once external pressures diminish or internal foes lose resolve, the rulers may quickly revert to the status quo ante or worse”.

No final de 2014, o Instituto Datafolha apontou mais uma vez um aumento no percentual de simpatizantes da democracia. Este ano, contudo, possuiu como diferencial o fato de termos atingido o maior índice de confiança no regime democrático registrado pela série do instituto, iniciada em 1989. Das 2.896 pessoas ouvidas, 66% consideraram a democracia melhor do que qualquer outra forma de governo; 15% disseram não se importar se o regime político em vigor é uma democracia ou uma ditadura; 12% das pessoas entrevistadas afirmaram que, a depender do contexto, uma ditadura pode ser melhor do que um regime democrático; e 7% não souberam responder (v. “*Datafolha aponta que democracia é o melhor regime para 66%*”, G1).²¹

Não nos interessa aqui especular as causas que porventura hajam contribuído para essa mudança – nem mesmo determinar se, de fato, verifica-se uma mudança palpável. Mas pretendemos, sim, consignar que, a despeito do que atestaram as referidas pesquisas de opinião, as atitudes ambivalentes em relação à democracia permanecem dignas de nota; sem dúvida, o resultado promissor das pesquisas contrasta com os inúmeros grupos de pressão que têm ganhado proeminência ao declarar apoio à ditadura (v. “*Não vejo por que teria que ir desarmado ao protesto*”, El País) ou ao reclamar abertamente o retorno dos militares ao poder (v. “*Nova versão da Marcha da Família percorre as ruas do Centro de SP*”, G1).

Nestes cenários confusos, onde, ao mesmo tempo, convivem indicadores favoráveis e desfavoráveis à democracia, é tarefa das mais difíceis interpretar os dados disponíveis para se identificar em qual estágio um determinado regime democrático se encontra. No caso brasileiro, por exemplo, a sociedade ainda aparenta estar dividida: se, por um lado, os dados estatísticos parecem corroborar a hipótese de que a sociedade brasileira caminha, de modo progressivo, para uma fase de maior deferência ao sistema democrático; por outro, algumas movimentações parecem apontar que o país ainda vivencia uma espécie de “saudosismo autoritário”.²²

²¹ Não obstante a realidade brasileira, é interessante notar que tal quadro parece não se repetir entre os vizinhos do país. Uma pesquisa promovida na América Latina pela ONU em 2004 revelou que a maioria dos habitantes da região prefere um ditador que “coloque comida na mesa”, a um líder eleito que não o faça (Cord et al, 2008:90).

²² Posturas nostálgicas em relação a regimes não democráticos tendem a ganhar mais espaço após a manutenção do quadro de insolubilidade dos problemas econômicos e sociais enfrentados por um determinado país. Algo que, por sua vez, normalmente deriva de uma fragmentação da coalizão que viabilizou a transição para a democracia – partidos que antes reuniam forças contra um inimigo comum (qual seja, o regime antecessor), passam, após a democratização, a se tratarem como adversários na arena política. De acordo com Huntington (1994:252), a nostalgia do autoritarismo foi “mais comum onde a ditadura havia sido moderada, onde havia ocorrido um certo [sic] êxito econômico e onde os líderes do regime, de maneira mais ou menos voluntária, haviam-no transformado em democracia”. Em outras palavras, o saudosismo autoritário pode representar um sintoma de uma transição negociada (v. *infra*), que, por isso mesmo, não promoveu uma ruptura definitiva com o

Diante do resultado positivo das pesquisas, provavelmente alguns estudiosos dos processos de democratização se veriam tentados a concluir que a democracia brasileira alcançou a fase de consolidação. Isso porque, em sentido muito semelhante àquele tomado por estudiosos da transitologia, para alguns consolidólogos, a democracia atinge a fase de consolidação quando, por meio de um amplo ganho de legitimidade entre os civis, consegue diminuir o risco de ruptura institucional e, assim, mitigar a probabilidade de retorno a um regime não democrático.

Uma vez encerrada a transição, diz-se que, em condições normais, o espriar do processo de democratização tende a desaguar no que se convencionou chamar “democracia consolidada”. Entretanto, a verdade é que a expressão “consolidação da democracia” encerra uma série de controvérsias, que variam desde o seu exato significado até a sua real utilidade.

Para uma corrente minoritária, trata-se de um atributo atinente à longevidade de um determinado regime: quanto mais antigo um sistema, mais consolidado. Não obstante, parece predominante o conceito segundo o qual a consolidação se caracteriza quando a democracia se apresenta como “*the only game in town*”, isto é, quando nenhum dos atores políticos considera uma alternativa alheia ao processo democrático, e nenhum grupo ou instituição política possui a prerrogativa de vetar a ação dos governantes eleitos democraticamente (Mihailovic, 2003:123).

Neste sentido, entre as provas de consolidação mais citadas, encontram-se: a alternância de rivais no poder; o apoio generalizado durante períodos de dificuldade econômica extrema; a derrota e o castigo efetivo de grupos rebeldes estrategicamente instalados; a estabilidade do regime ante uma radical reestruturação do sistema de partidos; e a ausência de partidos ou movimentos sociais antisistema que sejam politicamente significativos.

Não obstante, como se trata de um conceito bastante elástico, há ainda quem inclua na caracterização do conceito – a nosso ver, a bom critério – questões referentes à diminuição da pobreza²³ ou à estabilização econômica, à difusão de valores democráticos, ao fortalecimento

regime não democrático anterior. Vemos que também foi assim na Espanha, onde as avaliações positivas do governo de Francisco Franco cresceram entre 1978 e 1984, e em Portugal, que em 1978 exibiu uma preferência três vezes maior pela ditadura de Marcello Caetano, em comparação com o governo democrático de Mário Soares.

²³ Segundo Diamond, a despeito de sua capacidade de sobreviver anos de disputas sociais e instabilidade econômica, muitas novas democracias provavelmente serão derrubadas a médio ou longo prazo, a menos que reduzam seus índices de pobreza, desigualdade e injustiça social, e, por meio de reformas de mercado orientadas, estabeleçam as bases para um crescimento sustentável (1996:239).

do sistema de partidos, à supremacia do poder civil sobre as Forças Armadas, à eliminação dos enclaves autoritários, etc. (Vitullo, 2005:38).

Segundo a doutrina, o ambiente de certeza e estabilidade promovido pela consolidação requer uma sequência de mudanças em uma série de campos-chave. Linz e Stepan (1999:25) e Mihailovic (2003:129) identificam cinco condições²⁴ interdependentes para que uma democracia venha a se consolidar: a primeira, considerada uma das mais importantes, consiste na formação de uma sociedade civil livre e ativa;²⁵ a segunda, na existência de uma sociedade política autônoma e organizada;²⁶ a terceira, na instalação do Estado de direito; a quarta, na construção de uma burocracia;²⁷ e, finalmente, a quinta, na manutenção de uma sociedade econômica institucionalizada.²⁸

²⁴ Outras condições vêm sendo comumente apontadas como favoráveis à consolidação democrática, tais como: a existência de experiências democráticas anteriores, um ambiente externo que apóie a democracia, razões internas para a democratização e a adoção de um sistema parlamentar (em lugar do amplamente difundido presidencialismo). Interessantemente, Huntington (1994:269) acrescenta à lista de circunstâncias propícias o fato de uma transição ter ocorrido por meio da atuação de uma elite, nos moldes de transições negociadas (v. *infra*). Evidentemente, havemos de concordar que, como regra, uma transição consensual e menos violenta oferece uma base mais apropriada para a consolidação da democracia. Entretanto, é preciso destacar que a alternativa ao uso da violência nos períodos transicionais (qual seja, o pacto entre os grupos políticos dominantes) também se afigura problemática, na medida em que ignora a importância da participação popular nesses processos, como veremos adiante.

²⁵ Por sociedade civil se deve entender uma entidade intermediária entre a esfera privada e o Estado, e distinta da “sociedade” em geral, por meio da qual os cidadãos agem coletivamente na esfera pública, de forma organizada, voluntária, espontânea, autossuficiente e autônoma em relação ao Estado, para expressar seus interesses, trocar informação, conquistar objetivos comuns e fazer demandas ao Estado.

²⁶ Segundo Linz e Stepan (1999:27), trata-se do campo no qual a comunidade política se ordena de modo mais específico, tendo por objetivo competir pelo direito legítimo de exercer controle sobre o poder público. A despeito do frequente descompasso vislumbrado entre as sociedades civil e política em contextos de transição negociada, é comum a referência acadêmica à necessidade de que ambas caminhem juntas, mantendo uma relação harmônica e simbiótica. Neste sentido, conforme observação de Mihailovic (2003:132), a sociedade política obtém resultados muito melhores para a democracia, quando controlada, pressionada e renovada periodicamente pela sociedade civil.

²⁷ No que tange à burocratização, é preciso cautela para não utilizá-la de modo a promover o modelo de democracia elitista, sobre o qual falaremos adiante. Para refutar essa associação, Bobbio (1986:34) aduz que o Estado Social (e seu consectário, a burocratização) foi dado em resposta a uma demanda vinda de baixo – uma demanda, portanto, democrática, no sentido pleno da palavra. Desse modo, para ele, as burocratizações foram, em boa medida, consequência dos processos de democratização. De fato, parece razoável concordarmos que, mesmo que um governo assuma como função unicamente garantir a segurança dos direitos dos cidadãos por via do monopólio do uso legítimo da força, ainda assim necessitará de meios para remunerar a polícia, os juizes, entre outros incumbidos da tarefa. Somos, pois, forçados a concluir que, em qualquer democracia moderna, seja ela mais ou menos liberal, faz-se necessário um aparato estatal mínimo para governar, regular e cobrar.

²⁸ Relativamente à sociedade econômica, definida como uma série de instituições e de normas social e politicamente aceitas, diz-se que ela é necessária para a institucionalização de um mercado politicamente regulado. A realização dessa condição é necessária, porque, segundo Mihailovic (2003:136), as duas utopias extremas do espectro econômico (o socialismo real e o neoliberalismo) são claramente incompatíveis com o conceito de democracia. A experiência demonstra não ser possível a manutenção de uma democracia consolidada com uma economia planificada, e provavelmente nunca haverá uma democracia consolidada

De acordo com Huntington (1994:207), os países costumam se deparar com três tipos de problema, quando da consolidação de sua democracia: problemas contextuais, problemas sistêmicos e, finalmente, problemas de transição.

Na percepção do autor, a primeira categoria de problemas se refere a deficiências endêmicas, próprias da história, cultura e economia, de cada país. Entre os problemas mais recorrentes nessa classe estão o baixo desenvolvimento econômico, a pobreza, os antagonismos regionais, os conflitos comunitários e as rebeliões. Note-se, contudo, que, na opinião do especialista, “à parte o baixo nível de desenvolvimento econômico,²⁹ o número e a gravidade dos problemas contextuais de um país mostram-se muito pouco relacionados com seu êxito ou fracasso na consolidação da democracia” (1994:208).

Os óbices de segunda ordem, por seu turno, decorrem do funcionamento do sistema democrático em si mesmo considerado. Podem ser citadas como exemplos dessa espécie a dificuldade para a tomada de decisão, a suscetibilidade à demagogia e a captura política por grupos de interesse. Haja vista que a democracia possui o condão de conferir uma “aura de legitimidade” à vida política moderna (Held, 1987:1), parte do perigo reside na possibilidade de apropriação do discurso pró-democracia por governos que não detêm um compromisso genuíno com o Estado democrático. De fato, muitos países se escondem atrás de uma retórica democrática, para assumir uma aparência de democracia e, assim, corresponder às exigências das grandes organizações internacionais (por exemplo, a ONU, o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional) ou, pelo menos, para evitar o ostracismo.³⁰

Por fim, os problemas de transição – os que mais interessam para os fins de nossa investigação daqui em diante – são aqueles que se encontram diretamente relacionados às mudanças de regime e que estão intimamente conectados a questões de identidade nacional e de legitimidade política.

Eis aqui a ponte que se estabelece entre passado e futuro nos estudos sobre democratizações. Alguns autores identificam nos períodos de mudança de regime momentos-chave para compreender o desenvolvimento político ulterior de um país (Vitulo, 2001:55).

amparada por uma economia de mercado pura, vez que mesmo os melhores mercados produzem falhas que precisam ser corrigidas para garantir o seu bom funcionamento.

²⁹ Conforme aventado alhures, pessoas pobres se importam mais com questões de sobrevivência, do que com o regime político em jogo. Daí se dizer que, historicamente, democracias estáveis tendem a ser construídas em lugares que ostentem uma classe média grande e educada, isto é, em países economicamente desenvolvidos.

³⁰ Como sabido, inúmeros ditadores do século passado se utilizaram da palavra para convencer os indivíduos a eles sujeitos de que viviam em um sistema justo: a União Soviética, por exemplo, realizava eleições e por isso se autoconsiderava o sistema mais democrático do mundo; já a China até hoje se autodenomina “República Popular” (Cord et al, 2008:75).

Segundo eles, alguns detalhes na primeira etapa do processo de democratização (isto é, na transição) possuem o condão de produzir efeitos de longo alcance e incrível magnitude em etapas posteriores do mesmo processo.

De fato, a história é rica em exemplos de transições que estiveram erradas em seus fundamentos e, por isso, tiveram e ainda tem de enfrentar uma série de problemas para a consolidação de sua democracia. Por exemplo, no que tange especificamente aos regimes democráticos que sobrevieram a regimes militares, estes tiveram de lidar com a continuidade de poder e de influência da liderança militar, oriundas das negociações políticas que definiram os termos para o início das democratizações (v. *infra*). De acordo com Huntington (1994:235), entre as imposições ao novo regime neste tipo de cenário, destacaram-se: a exigência de que fossem incluídas nas Constituições medidas que outorgassem aos militares a responsabilidade pela lei, pela ordem e pela segurança nacional; a condição de que, em alguns casos, as ações adotadas pelo regime seriam consideradas irreversíveis; a criação de novos órgãos militares controlados por militares; a ocupação, por oficiais militares, de posições importantes no novo governo; e a garantia de autonomia e independência pessoal e financeira das Forças Armadas em relação ao governo civil eleito.

Entretanto, o processo de democratização não demanda apenas soluções a problemas decorrentes do envolvimento de dirigentes de regimes anteriores na política. Entre outras providências, também é preciso determinar o que fazer com as leis incompatíveis com o regime democrático, com as instituições não democráticas remanescentes, com os funcionários não simpatizantes da democracia e, mais especialmente, o que fazer com os dilemas, politicamente sensíveis e moralmente delicados, de como reagir às violações de direitos humanos cometidas durante regimes opressores.

Neste sentido, além da necessidade de se controlar o poder político do *establishment* anterior, também é imperativo que se promova o redesenho das instituições estatais e o enfrentamento do legado de violência deixado pelos antigos regimes. O conjunto de medidas utilizadas neste sentido, ou seja, no sentido de tornar os novos sistemas de governo compatíveis com a dinâmica de uma democracia constitucional consolidada, ficou conhecido como “justiça de transição”, assunto que passaremos a explorar na sequência.

1.3 A Justiça de Transição: Conceito e Histórico

Um tema vem recebendo cada vez mais atenção dos estudiosos dos processos de democratização: a chamada “justiça de transição” (“justiça transicional” ou “*transitional justice*”). Não obstante a relativa novidade nos círculos acadêmicos, há notícia de que os primeiros sinais de justiça de transição são contemporâneos à ideia de democracia, datando de 411 e 403 a.C., terceiro período da Guerra do Peloponeso.³¹ Desde então, embora medidas de justiça de transição tenham sido adotadas várias vezes ao longo da história, especialmente após a restauração de monarquias, a sua aplicação só voltou a assumir um papel central na transição de regimes a partir de meados do século passado (Elster, 2004:47).³²

Mas a verdade é que a justiça de transição, entendida como tal, só veio a ganhar notoriedade no fim do século XX, com os julgamentos de antigos integrantes do regime militar na Grécia e na Argentina, e, mais especialmente, com a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Velásquez-Rodríguez, em 1988.³³

O termo só foi cunhado alguns anos depois, em 1995, no trabalho seminal “*Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon Former Regimes*”, editado por Neil J. Kritz, tendo se consolidado como disciplina apenas nos idos de 2000. A partir de então, a expressão vem sendo alvo de controvérsias envolvendo o seu alcance nas sociedades

³¹ A Guerra do Peloponeso (também conhecida como a “Guerra Mundial” da Grécia Antiga) foi resultado de um conflito instaurado entre a Liga de Delos (liderada por Atenas) e a Liga do Peloponeso (integrada por Esparta e outras cidades gregas insatisfeitas com a hegemonia ateniense), entre 431 e 404 a.C. Atenas e Esparta representavam extremos opostos, tanto sob o aspecto bélico, quanto sob o espectro político: enquanto Atenas detinha o poderio marítimo e vinha aprimorando a democracia desde o governo de Péricles, Esparta detinha o domínio terrestre e assumia um modelo de governo aristocrático. Segundo Elster (2004:21), durante os conflitos travados contra sua vizinha Esparta, os atenienses enfrentaram dois episódios de domínio oligárquico, seguidos de sublevações democráticas. Na primeira delas, ocorrida oito anos após a assinatura do Tratado de Nícias, a forma de justiça de transição adotada pelos atenienses fora eminentemente retributiva. Já na segunda, havida após a Tirania dos Trinta em Atenas, o objetivo foi tão-somente reconciliatório, com a concessão de anistias e a opção de exílio.

³² Jon Elster (2003a:4) apresentou uma compilação de casos envolvendo transições para a democracia, no pós-1945: (i) Europa Ocidental: após o final da Segunda Guerra, processos de justiça de transição tomaram lugar na Itália e no Japão, e em países que, de alguma forma, colaboraram com a Alemanha durante a guerra (Áustria, Bélgica, Dinamarca, França, Holanda, Hungria e Noruega); (ii) Sul da Europa: em meados de 1970, a queda de regimes militares no Sul da Europa induziu a justiça de transição na Grécia e em Portugal; (iii) América Latina: nos anos de 1980, enquanto um limitado processo de transição pôde ser observado na Argentina, na Bolívia e no Chile, o Uruguai confirmou a anistia conferida pelo parlamento, via referendo; (iv) Europa Oriental: após a queda do comunismo em 1989-1990, um processo de justiça de transição tomou lugar na Bulgária, na Tchecoslováquia e em um dos seus Estados sucessores (a República Tcheca), na antiga República Democrática Alemã, na Hungria, na Polónia e na Romênia; (v) África: em 1994, na África do Sul, foi instalada, após o regime de apartheid, a “Comissão de Verdade e Reconciliação”.

³³ O caso diz respeito ao desaparecimento forçado e homicídio presumido de Velásquez-Rodríguez, na década de 1980, em Honduras. A Corte Interamericana considerou o Estado de Honduras culpado por não cumprimento da obrigação de prevenir, investigar e punir violações de direitos humanos garantidas pela Convenção Americana. A essência da decisão, que vem sendo confirmada pela jurisprudência subsequente da Corte e também pela Corte Europeia, foi incorporada em relatório de 2004 do Secretário-Geral da ONU, denominado “*The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*” (UN Doc. S/2004/616).

que enfrentaram períodos de profundas mudanças sociais e políticas, tendo se tornado um importante rótulo sob o qual organizações não governamentais exercem atividades, e cursos de universidades e institutos são estabelecidos.

Quando nos voltamos para o conceito da justiça de transição, deparamo-nos como uma infinidade de significados, que variam principalmente conforme os objetivos a ela atribuídos e as estratégias traçadas para alcançá-los, que podem pender, ora para a **retribuição**, ora para a **reconciliação**. Assim, enquanto um segmento da doutrina inclui a responsabilização penal como elemento necessariamente intencional para fins de caracterização da justiça de transição, outro a considera elemento acessório e, portanto, dispensável em alguns casos.

A herança dessa dicotomia pode ser percebida a partir da análise das raízes históricas da justiça de transição, desde os seus primórdios na Grécia Antiga, como vimos (v. nota 31), mas mais especialmente no seu desenvolvimento ao longo do último século. Para fins dessa avaliação, é bastante valiosa a genealogia proposta por Teitel (2003:70), estruturada em três fases: a primeira, compreendida entre o fim da Segunda Guerra Mundial e o início da Guerra Fria; a segunda, havida após a Guerra Fria; e a terceira, dita contemporânea.³⁴

De acordo com a jurista, na primeira fase da genealogia, que teve como principal símbolo o Tribunal de Nuremberg, estabelecido pelo Acordo de Londres de 1945, o debate da justiça de transição foi cingido, em um primeiro momento, pela dúvida em torno da necessidade de punir as agressões cometidas pela Alemanha; e, em seguida, pela discussão acerca da extensão dessa punição e da forma como a justiça seria realizada. Ao fim e ao cabo, em resposta ao modelo adotado na Primeira Guerra³⁵ e por meio da cooperação interestatal dos Aliados, a justiça de transição do pós-1945 decidiu substituir a justiça nacional pela internacional, e a justiça coletiva, pela individual.

Em direção diametralmente oposta, associada às democratizações da terceira onda e à leitura que a ciência política normalmente faz desses fenômenos, a segunda fase da genealogia se concentrou em um modelo de justiça de transição voltado para a comunidade política e para as condições locais, permitindo, assim, que as contingências de cada transição determinassem o que é justo em cada caso.

³⁴ Por zelo à precisão, vale notar que os acontecimentos da primeira e segunda fases não foram conceituados como justiça de transição à época em que ocorreram. Como se pode inferir, passaram a ser retrospectivamente vistos por meio dessa estrutura.

³⁵ Teitel (2003:70) reforça que as origens da justiça de transição moderna também remetem à Primeira Guerra Mundial. Entretanto, em função das medidas desastrosas por ela adotadas – que acabaram levando os alemães à bancarrota econômica e que se mostraram incapazes de evitar novas carnificinas – destaca-se mais fortemente a Segunda.

Assim, enquanto na primeira fase a justiça assumiu um caráter ilimitado e universal, ocupando-se principalmente com a responsabilização criminal por abusos de direitos humanos; na segunda fase, passou a deter primazia a compreensão dos dilemas inerentes aos períodos de alteração política (punição x anistia ou justiça x segurança jurídica), dando azo ao surgimento de múltiplas concepções de justiça. A mudança de paradigma, visível no distanciamento da justiça retributiva e na aproximação com um projeto transicional “mais compreensivo”, implicou a formulação de mecanismos alternativos para o enfrentamento dos abusos registrados no passado, mecanismos esses focados na cura da sociedade, na paz e na reconciliação nacional, por meio da busca pela verdade.

Apesar de distinto, o modelo da terceira fase conserva uma interlocução com o da primeira, perceptível no retorno da justiça de transição ao cenário internacional. Nessa última fase, que, segundo Teitel, ainda se encontra em curso, começa a ser disseminada a idéia de que a justiça de transição constitui uma “área de atividade”.³⁶ Nesse novo cenário, resultante da intensificação do processo de globalização, o que era considerado exceção é alçado à categoria de regra, e o fenômeno, que antes era associado a condições extraordinárias, passa a ser encarado como prática rotineira. Uma mudança que pode ser analisada sob dois prismas, essencialmente antagônicos: se, por um lado, o diagnóstico parece ser favorável, em razão da notável expansão dos direitos humanos; por outro, parece inspirar preocupação, tanto em vista da finalidade a que a normalização tem se prestado (a justificação de guerras) quanto dos efeitos que tem projetado (aumento da discricionariedade política, politização da justiça, uso de procedimentos irregulares e desprezo das leis vigentes).³⁷

Mas, afinal, o que se pretende pela expressão “justiça de transição”? Em definição elaborada pela Organização das Nações Unidas, a justiça de transição aparece como o “conjunto de processos e mecanismos associados com as tentativas de uma sociedade de

³⁶ Um fato que, segundo Bell, ocultaria dois objetivos complementares: primeiro, reunir as diversas experiências de resolução de conflitos e transmiti-las como se compartilhassem algo comum; em seguida, uma vez estabelecido o ponto de contato entre as diversas práticas, relacioná-las à aplicação de normas jurídicas internacionais pensadas para o enfrentamento de abusos no passado, normalizando-as. Segundo a autora, a justiça de transição não passa de “um rótulo que dá coerência aparente a práticas particularizadas de resolução de conflitos, provenientes de diversos contextos e diversos atores com diversos objetivos”, sendo, pois, mais adequado falar em “justiça de transição como uma ‘capa’ ao invés de um ‘campo’” (2009:13). No original: “*a label that gives apparent coherence to particularized practices of conflict resolution, emanating from diverse contexts and diverse actors with diverse goals, [...] transitional justice as a ‘cloak’ rather than a ‘field’ [...]*”.

³⁷ Em tempo, é necessário termos em conta que o processo de justiça de transição exógeno se afigura mais suscetível de servir a objetivos outros que não a democratização e os interesses da população local (Hansen, 2011:6). Como veremos adiante, é possível que o processo de transição seja desencadeado por nações estrangeiras; em tais hipóteses, é comum que o país que promoveu a transição também inicie e supervisione o processo de justiça de transição no território ocupado.

chegar a um acordo sobre o legado de grande escala de abusos passados, a fim de garantir a prestação de contas, servir à justiça e tornar possível a reconciliação” (UN Doc. S/2004/616).³⁸

Entendendo o fenômeno como um discurso “dirigido à preservação do Estado de direito e à manutenção da paz”, Teitel (2003:69) o descreve como “a concepção de justiça associada a períodos de mudança política, caracterizados por respostas legais que confrontem violações de regimes repressivos anteriores”.³⁹

Com efeito, predomina o entendimento de que a locução designa os processos judiciais e administrativos efetivados com o objetivo de fazer justiça, estabelecer a paz, o Estado de Direito e uma sociedade genuinamente democrática, em lugares onde, em função de conflitos políticos internos, ocorreram violações de direitos humanos. Assim, como se pode depreender, em linha com o que já havíamos comentado, lidar com os problemas do passado tem como uma de suas principais consequências o estímulo à consolidação de valores liberais.

Daí se dizer, em termos genéricos, que a justiça de transição significa algo mais que uma mera transição política ou econômica: significa uma transição política e econômica consistente com requisitos liberais e democráticos (Posner e Vermeule, 2003:6). Neste sentido, de acordo com Michel Feher (apud Mezarobba, 2012:247), a justiça de transição dialoga com pelo menos três dogmas da teoria liberal, que se inter-relacionam: a instituição de um regime democrático, que conduzirá à substituição de um reinado de força pelo Estado de direito; o patrocínio do Estado de direito, que implicará o incremento da *accountability* individual; e, por fim, o implemento do princípio da *accountability* individual, que resultará na garantia de que nenhum grupo de cidadãos será beneficiado pela impunidade, nem coletivamente responsabilizado com base em sua identidade.⁴⁰

³⁸ No original: “*the full set of processes and mechanisms associated with a society's attempts to come to terms with a legacy of large-scale past abuse, in order to secure accountability, serve justice and achieve reconciliation*”.

³⁹ No original: “*the conception of justice associated with periods of political change, characterized by legal responses to confront the wrongdoings of repressive predecessor regimes*”.

⁴⁰ Não obstante o quanto exposto, é preciso observar que nem todos os Estados que se dizem valer da justiça de transição estão efetivamente comprometidos com o Estado de direito e os ideais democráticos ou buscam promover uma ruptura definitiva com o passado repressivo. De fato, alguns governos, na tentativa de implementar a justiça de transição, tendem a desviar-se do padrão de prática jurídica, violando direitos e garantias fundamentais dos acusados; e o fazem, irônica e contraditoriamente, sob o pretexto de consolidar o respeito aos direitos fundamentais e à democracia. Assim, infelizmente, como indicou Elster (2003a:27), “[a] justiça de transição é assombrada pela hipocrisia e pela transmutação de motivos de base em motivos mais nobres”. No original: “*Transitional justice is haunted by hypocrisy and by the transmutation of base motives into nobler ones*”. Em condições normais, a justiça de transição é conduzida em sinal de reprovação ao regime anterior. Entretanto, em transições não liberais, tal reprovação não implica o apoio do novo regime à

Também parece apropriado reconhecer que a expressão “justiça de transição” busca refletir um diálogo entre as limitações impostas por um determinado cenário político (transição) e o valor ideal que deve necessariamente influenciar o contexto fático (justiça).

Por oportuno, devemos chamar a atenção para fato de que por *justiça de transição* queremos dizer algo diferente de *transição*. Como observamos anteriormente, a transição para a democracia tem por objetivo o simples estabelecimento de um regime minimamente democrático, tendo por norte uma perspectiva eminentemente realista do fenômeno da democratização. Não obstante isso, note-se, na esteira do quanto será dito sobre regimes não democráticos anteriores e transição, que, a despeito de ostentarem diferentes significados, justiça de transição e transição possuem um inegável elo entre si – para melhor ou para pior. Consoante veremos, quanto mais favorável à manutenção da elite autoritária for a transição para a democracia, menor será a capacidade de ação das medidas associadas à justiça de transição, e vice-versa.

Relativamente ao vocábulo “justiça”, parece evidente que este tem por finalidade qualificar a transição para o regime democrático: não basta que ela ocorra; também é necessário que se concretize o valor-justiça (em relação às vítimas do regime anterior, aos que violaram direitos, etc.). Uma reflexão mais atenta também poderia indicar que o direito positivo exerce um papel secundário na transição; afinal, o período de transição pode ser caracterizado como um quase-limbo jurídico, um meio-termo entre passado e futuro – ainda que a situação seja temporária e, não raro, balizada por constituições provisórias ou atos normativos posteriores. A questão referente à justiça será retomada mais adiante, de modo que, por ora, além do quanto já dito, basta referir que não estamos diante de uma concepção abstrata de justiça (tal qual a rawlsiana, por exemplo), mas, antes, de um conceito contingencial e concreto, na medida em que relacionado a condições políticas limitadoras.

É preciso cautela, porém, para não ceder ao ímpeto de concluir que democracias já consolidadas (ou, melhor dizendo, em vias de consolidação) não podem fazer uso da justiça de transição – hipótese essa que definitivamente rejeitamos.

liberalização ou à democratização, e, o que é pior: oculta o escopo de facilitar restrições a liberdades e consolidar regimes não democráticos. Neste sentido, nem sempre os mecanismos associados à justiça de transição podem ser considerados intrinsecamente bons. Apesar da escassez de estudos sobre a questão, parece razoável afirmar que casos como o de Ruanda (onde, apesar da mitigação da gravidade de violações de direitos humanos, houve continuidade da política de discriminação étnica) e do Uzbequistão (onde, embora tecnicamente eleito, Islam Karimov permanece no poder desde 1990) ilustram a possibilidade de processos de justiça de transição serem levados a efeito em sociedades frágeis que ainda não passaram por uma transição política verdadeira (Hansen, 2011:8).

Há quem sustente que as duas seriam incompatíveis, pois as injustiças havidas dentro do contexto de democracias consolidadas exigiriam medidas mais substanciais do que aquelas presentes em modelos transicionais.

Para além disso, inúmeros críticos acrescentam que a defesa do exercício da justiça de transição em democracias consolidadas prejudicaria sobremaneira a imagem da justiça de transição como um conceito autônomo. O raciocínio segue a lógica de que, se democracias consolidadas (por definição, democracias que já atravessaram o estágio da transição) praticam justiça de transição, então não haveria nada de especial ou extraordinário em relação a essa última: os chamados “problemas de justiça de transição” representariam, no máximo, “exageradas versões de problemas jurídicos comuns” (Posner e Vermeule, 2003:4). Assim, na medida em que representativa de simples combinações de formas comuns de justiça, a justiça de transição dispensaria um aparato teórico distinto (Winter, 2013:2).

Com efeito, a controvérsia se relaciona com a expectativa de que a justiça de transição resultará, necessariamente, na transformação das esferas social e política. Desde esse ponto de vista amplamente difundido, para a prática da justiça ser considerada transicional, “precisa transformar a vida diária dos sobreviventes” (Winter, 2013:4).⁴¹

Se aderíssemos a tal concepção, enfrentaríamos, de fato, grandes dificuldades para conciliá-la à estrutura das democracias consolidadas, vez que a justiça histórica em democracias desse tipo não costuma produzir um impacto profundo. Entretanto, segundo Winter (2013:4), “o fracasso na produção de uma transformação social abrangente simplesmente nos recorda que a justiça de transição não constitui um fim em si mesmo”,⁴² isto é, que a justiça de transição consiste tão-somente em um meio, que, apesar de indispensável, deverá vir necessariamente acompanhado de outras iniciativas para produzir os resultados esperados.

Para não negar a aplicação da justiça transicional à conjuntura de democracias maduras, o autor sugere que a solução deve passar por uma releitura minimalista do fenômeno; o que faz recorrendo a um raciocínio restrito, segundo o qual a contribuição principal da justiça de transição consiste no “estabelecimento no seio da sociedade de uma

⁴¹ No original: “*it needs to transform the daily life of survivors*”.

⁴² No original: “*the failure to effect comprehensive social transformation simply reminds us that transitional justice is not an end in itself*”.

mudança normativa nos princípios subjacentes e legitimadores do exercício do poder de Estado” (Teitel, 2002:213).⁴³

Com efeito, uma transição não deve se resumir a uma mera “dança das cadeiras”, uma simples mudança de autoridades, mas mais que isso: deve representar uma mudança de vontade política, identificada pelo compromisso com os valores democráticos e o Estado de direito.

Sim. Como informado anteriormente, a justiça de transição visa, basicamente, a confrontar violações de direitos humanos provocadas por regimes repressivos. Mas isso porque – eis o ponto fundamental – violações de direitos autorizadas (pelo governo anterior) e não combatidas (pelo novo governo) prejudicam as bases que justificam o exercício da autoridade política.

Seguindo essa lógica, democracias consolidadas poderiam fazer uso da justiça de transição, na forma de uma mudança radical de sua legitimidade política. A propósito, tem sido assim desde o final do século XX, quando houve um notável aumento no enfrentamento de injustiças antigas e na justiça de transição adiada, e “exemplos de reivindicação e acordos pulularam, incluindo aqueles relacionados com bens e propriedades perdidos durante a Segunda Guerra Mundial, reparações para trabalho escravo e injustiças ainda mais antigas como colonização, inquisição e as Cruzadas” (Teitel, 2003:85).⁴⁴

Note-se, aliás, que a prática da justiça de transição nesse cenário é congruente com a classificação de Elster (2004:75), que aponta para a existência de uma “justiça de transição postergada”. Segundo o autor, a dimensão temporal do fenômeno pode ser de três tipos: na justiça de transição imediata (“*immediate transitional justice*”), os procedimentos têm início pouco depois da transição e chegam ao fim em cerca de cinco anos (por exemplo, a punição rápida e decisiva capitaneada por Konstantinos Karamalis, na Grécia); na justiça de transição prolongada (“*protracted transitional justice*”), o processo começa imediatamente, mas, em função de um período de latência, as questões só são resolvidas após um longo período de espera (por exemplo, a reabertura de casos contra oficiais, na Argentina); e, finalmente, na justiça de transição postergada (“*postponed transitional justice*”), as primeiras medidas são

⁴³ No original: “*the grounding within society of a normative shift in the principles underlying and legitimating the exercise of the state power*”.

⁴⁴ No original: “*examples of claim-making and settlements abounded, including those related to assets and property lost during World War II, reparations for slave labor, and even more ancient injustices such as colonization, the Inquisition, and the Crusades*”.

tomadas cerca de dez anos ou mais depois da transição propriamente dita (por exemplo, a ação penal apresentada contra Pinochet, no Chile).

1.3.1 Os Principais Mecanismos

Antes de prosseguirmos, acreditamos ser útil uma breve exposição dos principais mecanismos da política de justiça de transição, considerados em abstrato. Com efeito, quatro correntes doutrinárias referentes à preferência por mecanismos podem ser identificadas: a minimalista, que defende as anistias; a maximalista, que dá primazia à realização de julgamentos; a moderada, favorável às comissões da verdade; e a holística, que pugna pela combinação de mecanismos, que são pensados, assim, como pequenas partes de um todo mais abrangente (Olsen et al, 2010a:982).

É interessante notar que a estratégia holística de ação responde a comandos previstos em tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, uma vez que, desconsiderando os diferentes mecanismos existentes como alternativas intercambiáveis, promove, em conjunto, a punição de violações de direitos, a busca pela verdade, a reparação adequada às vítimas e o afastamento de criminosos das posições de autoridade.

Não bastasse a diretriz internacional, a experiência tem demonstrado que abordagens que combinam elementos retributivos e reconciliatórios tendem a produzir mais benefícios do que aquelas que fazem uso de mecanismos isolados (Duthie e Ndulo, 2009:266). Acreditamos que isso se deve ao fato de que cada medida contribui de forma específica para o fortalecimento do Estado de Direito: os julgamentos, por exemplo, demonstram a generalidade da lei; as comissões da verdade oferecem as bases em que o sistema legal poderá se comportar no futuro; as reparações refletem um compromisso com a efetivação das normas; as reformas institucionais permitem que o novo sistema seja operativo; e assim por diante. Por essa razão, ressaltamos que, para fins do presente trabalho, abraçaremos a integração das frentes de reformas institucionais, reparações, busca pela verdade e anistias (ou julgamentos), que serão individualmente endereçadas a seguir.

1.3.1.1 Reformas Institucionais

As reformas institucionais representam a tentativa de descaracterizar o paradigma da repressão, distinguindo o novo sistema de regimes anteriores, por meio da transformação de estruturas do Estado que facilitaram a ocorrência de violações de direitos ou que, pelo menos, falharam na sua prevenção. Neste sentido, pode-se notar que, entre outras coisas, o processo de reforma está preocupado com a relação havida entre os agentes públicos e a identidade política do regime que integram.⁴⁵ Trata-se de um elemento-chave no contexto da justiça de transição e, por isso mesmo, esbarra em uma série de desafios, como, por exemplo, a falta de vontade política e a privação de arsenal humano para o processo de reconstrução (Sandoval, 2011:10; Posner e Vermeule, 2003:5).

As reformas se centralizam, em especial, mas não exclusivamente, na reorganização dos setores de segurança⁴⁶ e justiça, por, pelo menos, três razões: a um, porque a reconfiguração dos referidos setores constitui medida essencial para a aplicação de outros mecanismos de justiça de transição (por exemplo, os julgamentos);⁴⁷ a dois, porque, como vimos, a justiça de transição tem a sua atenção voltada para violações de direitos humanos, e aqueles são identificados como sendo os segmentos mais frequentemente envolvidos em tais casos; e, a três, porque, como destaca Teitel (2002:177), a segurança estabelece uma relação muito importante entre a legitimidade e autoridade: “Quando o aparato de segurança não se

⁴⁵ Essa interface foi ilustrada por Teitel (2002:151), por meio da narração bíblica da destruição das cidades de Sodoma e Gomorra. De acordo com a jurista, o condicionamento da preservação das cidades à existência de justos sugere que a índole da cidade (leia-se, a identidade da forma de governo) está diretamente relacionada com o caráter ostentado pelo conjunto de cidadãos (isto é, à prática política da coletividade). Na mesma linha, a autora conclui que a transformação política é condição necessária para a sobrevivência política: “O mau legado das cidades [Sodoma e Gomorra] exerce profundas implicações, vez que é decisivo para o seu futuro político. O veredicto é radical e absoluto. Por causa do seu passado ruim, as cidades não têm futuro” (2002:152). No original: “*The cities’ past evil legacies have profound implications as their legacy is fateful for their political future. The verdict is radical and absolute. Because of their evil past, the cities have no future*”.

⁴⁶ O termo “setor de segurança” é frequentemente utilizado para descrever as estruturas, instituições e pessoal responsável pela gestão, prestação e supervisão de segurança em um país. Há um razoável consenso de que o setor inclui defesa, aplicação da lei, correções, serviços de inteligência e instituições responsáveis pela gestão das fronteiras, alfândegas e emergências civis, além de setores de justiça responsáveis pelo julgamento de processos criminais e de casos que envolvam uso indevido da força (UN Doc. A/62/659-S/2008/39).

⁴⁷ Os sistemas judiciais de países recém-engajados em transições democráticas são, via de regra, inexistentes, fracos, corruptos e, não raro, inspiram pouca confiança nos cidadãos. Por isso, tais sistemas precisam ser construídos ou reformados antes que comecem a lidar com os casos de abusos, que, como sabido, requerem uma estrutura mínima para investigar, processar e punir os indivíduos que os cometeram. A ausência de providências nesse sentido poderá abrir caminho à impunidade em nível doméstico e, em último grau, à sujeição do Estado de que se trate à jurisdição internacional (Duthie e Ndulo, 2009:263).

sujeita à lei civil, as instituições destinadas a fornecer segurança, oferecem, ao invés disso, repressão e insegurança”.⁴⁸

Não obstante, é preciso acrescentar que a medida deve abranger tanto as instituições propriamente ditas, quanto as normas que regulam o seu funcionamento. Assim, além de reestruturar o efetivo de agentes públicos, a reforma institucional também deve encerrar a revogação ou o ajuste de leis que permitiram ou contribuíram com o funcionamento do aparato não democrático; providência que, como regra, vem acompanhada da promulgação de um novo texto constitucional, que visa a selar a instauração do novo regime, garantindo os processos e as instituições democráticas e assegurando o respeito aos direitos fundamentais.

Em nível mais amplo, pode-se distinguir entre duas abordagens para a reforma institucional: a revisão (“*review*”) e o processo de renomeação (“*reappointment process*”).⁴⁹ Os meios para colocar cada uma delas em prática podem incluir, entre outros, lustração (“*lustration*”), expurgação (“*purge*”), habilitação (“*vetting*”), desmilitarização (“*demilitarization*”) e treinamento profissional adequado.

O primeiro deles, a lustração, ocorre quando o Estado aprova políticas oficiais que negam cargos públicos a indivíduos que hajam cometido determinados atos políticos ou que ostentem determinada identidade. Apesar de semelhante à habilitação, a lustração tem sido mais comumente associada às experiências de “purificação” das organizações estatais da Europa pós-comunista, que começou como prática informal na antiga Tchecoslováquia, em 1990 (Teitel, 2002:164).

A expurgação, por sua vez, ocorre quando determinados agentes públicos são expulsos de seus cargos, com ou sem a realização de processos investigativos (Posner e Vermeule, 2003:6). Ao contrário da lustração, a expurgação falha, entre outras razões: por ser normalmente implementada por via de simples decreto executivo, e não por meio da devida deliberação parlamentar; por não expor publicamente os colaboradores do regime repressivo, antes de expulsá-los (o que resume a saída a uma simples alteração de status, mitigando o seu caráter punitivo); por se concentrar na remoção de indivíduos, e não de grupos (por exemplo, partidos políticos, grupos étnicos ou religiosos) que hajam cometido abusos de direitos humanos; por restringir a sua aplicação a um período curto de tempo e apenas a pessoas que

⁴⁸ No original: “*When the security apparatus fails to subject itself to civil law, the singular threat posed is that the very institutions intended to provide security, instead, perpetrate repression and insecurity*”.

⁴⁹ A primeira acontece quando uma instituição ainda existente passa por uma reforma gradual, em grande parte por meio de mudança de pessoal; a segunda, quando uma instituição é dissolvida, para que uma nova seja estabelecida em seu lugar, e, desse modo, antigos empregados possam se candidatar aos cargos que ocupavam, ao lado de potenciais novos (Greiff, 2011:7).

estejam ocupando cargos públicos no momento de sua expedição; por vedar a análise de sua legalidade (ou constitucionalidade) pelo Poder Judiciário; e por geralmente não ter como objetivo o fortalecimento da democracia.

A habilitação, por outro lado, refere-se aos processos de avaliação da integridade dos indivíduos, com o propósito de determinar a sua adequação para continuar ou começar em um emprego público. Além dessa descrição genérica, algumas variantes são cruciais nos programas de habilitação: eles costumam diferir de acordo com as suas metas (isto é, as instituições e os cargos que terão por objeto); em termos de critérios de triagem (isto é, os tipos de transgressões que combaterão); e conforme as sanções impostas (Greiff, 2011:7).

Já a desmilitarização consiste em uma forma específica de exclusão. Direcionado especialmente à América Latina, esse mecanismo tem como causa o entrincheiramento dos militares no poder, derivado do apoio dos que resistiram às “ameaças comunistas”, no contexto da polarização que tomou conta do continente durante a Guerra Fria.⁵⁰ Em tais cenários, a democracia parece exigir mais do que o simples reavivamento da classe política e a realização de eleições: reclama também a desmilitarização de setores estratégicos, sob pena de colocar em risco o controle civil sobre os militares. Neste mesmo sentido, Dahl:

[...] talvez a ameaça interna mais perigosa para a democracia venha de líderes que têm acesso aos grandes meios de coerção física: os militares e a Polícia. Se representantes democraticamente eleitos pretendem obter e sustentar um controle eficaz sobre as forças policiais e militares, os membros da Polícia e os militares, especialmente entre os oficiais, devem ceder. Sua deferência ao controle dos líderes eleitos deve estar profundamente arraigada, para não ser arrancada (2001:165).

Por fim e em paralelo às medidas de afastamento, deve-se assegurar que os agentes públicos, particularmente os militares, os responsáveis pela inteligência e os membros do Poder Judiciário, recebam treinamento profissional abrangente na área de direitos humanos; de modo a garantir a compreensão de que tais direitos devem ser respeitados, que determinadas condutas são proibidas e que uma cultura de impunidade não deve ser e não será tolerada (Sandoval, 2011:10).

1.3.1.2 Reparações

⁵⁰ Entre os países que colocaram a desmilitarização em prática no continente americano, destaca-se a Costa Rica que, em 1950, chegou a abolir toda a categoria militar.

Desde um ponto de vista vertical ascendente, a justiça de transição tem se dedicado à busca pela legitimidade estatal e à recuperação do Estado de direito. Em paralelo, e, dessa vez, sob uma perspectiva vertical descendente, também se pode dizer que a justiça de transição tem se ocupado com a realização dos direitos daqueles que sofreram com os produtos funestos das transições de regimes. Nesse último caso, as reparações emergem como o mecanismo de justiça de transição mais integralmente dedicado ao cuidado das vítimas,⁵¹ à medida que pressupõem que as transgressões a direitos humanos causaram danos que precisam ser compensados, não apenas por meio da condenação criminal dos perpetradores, mas também, de um modo mais específico, mediante a responsabilização do Estado.⁵²

Seguindo a já mencionada polarização no debate acerca do escopo da justiça de transição, desde os primórdios, sobejam controvérsias sobre qual seria o objetivo central das reparações, se simplesmente retribuir o mal causado ou também reabilitar as vítimas, restaurando-lhes a dignidade. Essa dualidade pode ser percebida nas providências adotadas com o Tratado de Versalhes, que encerrou oficialmente a Primeira Guerra Mundial, e nas negociações que culminaram no Acordo de Luxemburgo, em 1952 (Teitel, 2002:121). No primeiro caso, o acordo de paz indicou que as reparações detinham um caráter exclusivamente punitivo, justificado em termos preventivos. [Como aventamos alhures, foram precisamente os maus resultados derivados da política engendrada nessa ocasião, com a criação de um fardo ilimitado para orçamentos futuros, que conduziram os teóricos da justiça de transição à abordagem adotada no período seguinte.] Já no segundo, o ajuste logrou representar tanto uma

⁵¹ Atualmente, prevalece o entendimento de que “vítimas” são todas as pessoas que sofreram danos (danos físicos e mentais, sofrimento emocional, perda econômica ou significativo prejuízo de direitos básicos), direta ou indiretamente (isto é, tanto os que foram diretamente afetados, quanto os membros de suas famílias), individual ou coletivamente (v. “*The Chicago Principles on Post-Conflict Justice*”, Princípio 3). Com feito, é interessante a observação de Humphrey (2008:6) sobre o papel desempenhado pelas vítimas e por seus adversários no confronto por reparações. Segundo o autor, além de portadoras de direitos no contexto da justiça de transição, as vítimas também vêm sendo encaradas como agentes políticos ávidos por vingança. Humphrey sugere que a postura adotada pelas vítimas e a resistência oposta pelo grupo contrário podem ser entendidas como uma reprodução da antiga rixa entre revolucionários e contrarrevolucionários; onde revolucionários (que, originalmente, lutavam contra o sofrimento social) tentam dar continuidade ao seu “projeto político”, mediante esforços contra a retenção de compensações às vítimas, e contrarrevolucionários prosseguem em sua estratégia oposicionista, por meio da militância contra a vitimização e a favor da reconciliação. Neste sentido, o desafio da justiça de transição, segundo o autor, deve ser compreendido em termos de equilíbrio: “Esta justiça calibrada tem sido o cerne da política de reconciliação, no qual os beneficiários e as vítimas são jogadores centrais e parceiros”. No original: “*This calibrated justice has been at the heart of reconciliation politics in which the beneficiaries and victims are the central players and partners*”.

⁵² Os Estados apenas poderão assumir a responsabilidade de pagar por reparações nos casos em que seus agentes atuaram como cúmplices de violações ou não adotaram as medidas preventivas adequadas.

reconciliação entre alemães e perseguidos pelo regime nazista⁵³ quanto um avanço rumo à recuperação da credibilidade alemã ante a comunidade internacional, vez que as reparações normalmente transmitem o compromisso do Estado no sentido de construir relações deferentes relativamente aos direitos humanos.

Afigura-se igualmente importante destacar que o mecanismo em apreço também pode render ensejo a inúmeros questionamentos referentes à responsabilização coletiva e intergeracional, que colocam em xeque a sua própria factibilidade. A controvérsia é antiga, mas ganhou notoriedade recentemente quando o governo da Grécia decidiu cobrar da Alemanha uma indenização colossal pelo prejuízo causado por nazistas durante a ocupação do país, na Segunda Guerra.⁵⁴

Mas, afinal, devemos ser responsabilizados pelos ilícitos de nossos antepassados? A passagem do tempo é um fator importante em demandas morais? Seria possível uma responsabilização coletiva, quando nem todos consentiram com a prática do injusto? É mais adequado que as reparações sejam individuais ou coletivas?

Há quem arrisque a formulação de respostas a essas perguntas. Para Cowen (2006:27), por exemplo, apenas três fatores poderiam abrir margem à reparação intergeracional – e, mesmo nesses casos, de forma bastante limitada –, a saber: violações às necessidades básicas que hajam produzido efeitos negativos extremos e persistentes; o provável desejo de vítimas já falecidas de ver a injustiça original restaurada por meio de gerações subsequentes; e a existência de uma coletividade reconhecida, de modo a impedir que a chance de reparação expire com a morte de uma pessoa específica.

Não obstante, devemos ter em conta que a resposta a cada uma dessas perguntas variará radicalmente conforme a vertente filosófica eventualmente adotada. A reparação intergeracional não pode ser perfilhada *como um direito* com base em padrões rigorosamente igualitários, por exemplo. Isso porque, sob a ótica do individualismo moral, o indivíduo se encontra submetido apenas a deveres naturais ou a obrigações assumidas voluntariamente. Tomemos, por um instante, a teoria de justiça formulada por John Rawls: quando os chamados “princípios de justiça” são adotados sob um “véu de ignorância”, em tese, afastamo-nos de nossas ligações particulares e passamos a tomar decisões baseadas

⁵³ Daí o termo “*shilumim*” para identificar as reparações no hebraico, que significa “compensar um mal, realizar a paz”.

⁵⁴ O governo grego alega que o valor dos prejuízos chega a € 279 bilhões, valor que ressarciria gastos nas reconstruções de cidades e até saques de tesouros arqueológicos. O vice-primeiro-ministro da Alemanha classificou a atitude grega de relacionar sua atual crise com reparações de guerra como uma “*idiotice*” (v. “*Grécia cobra da Alemanha prejuízos que teve com a ocupação nazista*”, JN).

exclusivamente na razão. Nesse cenário, se cada um abdica sua própria identidade e passa a enxergar-se como ser livre de quaisquer laços, não há espaço para a responsabilização coletiva através das gerações. Se, por outro lado, abraçarmos uma abordagem comunitarista, seremos necessariamente forçados a partir da premissa de que um indivíduo não pode ser destacado da condição de membro de seu grupo social e que, portanto, em função disso, possui certas responsabilidades em relação àqueles com quem compartilha histórias, valores e tradições (Sandel, 2012:273).

De acordo com Greiff (2011:6), os programas de reparações podem variar de acordo com o seu grau de abrangência, generosidade e complexidade. No que tange ao primeiro aspecto, os planos podem diferir conforme os tipos de violações que dão acesso aos benefícios (execuções extrajudiciais, tortura, desaparecimento forçado, violência sexual, etc.); no que concerne ao segundo, conforme a magnitude dos benefícios oferecidos; e, em relação ao terceiro, conforme os tipos de benefícios distribuídos, que podem incluir: a restituição (“*restitution*”), que visa à restauração das vítimas ao seu *status quo* anterior ao ilícito (por exemplo, a reinstalação no lugar de residência e o retorno de bens confiscados); a compensação ou indenização (“*compensation*”), que objetiva compensar os danos morais (por exemplo, danos à reputação) e indenizar os danos materiais (por exemplo, custos com assistência médica e perda de oportunidades) suportados pelas vítimas; a reabilitação (“*rehabilitation*”), que tem por escopo a prestação de serviços que reduzam o impacto das violações sofridas (por exemplo, cuidados médicos e psicológicos, serviços sociais e assistência jurídica); as garantias de não repetição (“*guarantees of non-repetition*”), que tem como finalidade o fornecimento de informações às vítimas e, por conseguinte, a prevenção de violações no futuro (por exemplo, notícias sobre a localização de sepulturas clandestinas e de crianças raptadas); as homenagens (“*moral reparations*”), como, por exemplo, a construção de museus e memoriais e a renomeação de locais públicos; e os pedidos oficiais de desculpas (“*apologies*”), que podem abrir caminho ao perdão e, assim, facilitar o processo de reconciliação nacional.⁵⁵

⁵⁵ Além de diversificadas segundo a tônica de simbolismo ou retorno econômico, as medidas também podem variar de acordo com a maneira como são conferidas, se judicial (por um tribunal doméstico ou internacional) ou administrativamente (por meio de uma comissão, por exemplo). Embora uma forma de reparação não elimine necessariamente a outra, no primeiro caso, a medida é normalmente concedida em caráter individual, isto é, considerando-se os casos específicos levados a conhecimento do tribunal; ao passo que, no segundo, o mecanismo é aplicado em regime coletivo, o que confere tratamento uniforme a todas as vítimas que se encontrem em uma mesma situação, afastando eventuais dúvidas quanto ao caráter isonômico da solução (Sandoval, 2011:6). Com efeito, o entendimento assentado é no sentido de que a reparação deve ser “adequada”, isto é, que deve ser proporcional à natureza da violação e ao prejuízo suportado, e equitativamente provida a todas as vítimas. Importantes diretrizes neste sentido foram apresentadas em “*Basic Principles and Guidelines*

1.3.1.3 Comissões da Verdade

De início pensadas como uma alternativa aos julgamentos levados a cabo na primeira fase da justiça de transição, as comissões da verdade foram originalmente estabelecidas como um mecanismo de promoção da paz e da reconciliação, sendo comumente associadas à resposta pós-apartheid adotada pela África do Sul,⁵⁶ em meados da década de 1990.⁵⁷ Naquela oportunidade, a despeito do afastamento da justiça criminal internacional, visível na adoção da equação “verdade x justiça”, as comissões também incorporaram a retórica de direitos humanos do modelo pós-guerra, com o diferencial de destaque para o direito das vítimas (e da sociedade) à verdade,⁵⁸ e para o correspondente dever do Estado de investigar, para revelá-la.

Hoje as motivações para a instalação de tais comissões são matizadas. Embora encerrem em si a ideia de que as vítimas e a sociedade possuem o direito de saber o que aconteceu no passado, o mecanismo também é estabelecido com o objetivo de conscientizar o público geral, tornando-os “testemunhas”⁵⁹ das histórias relatadas, e de reforçar a responsabilização em contextos que albergam “lacunas de impunidade” (Greiff, 2011:5);

on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law”, adotada em 2005, pela ONU (UN Doc. A/RES/60/147).

⁵⁶ Baseada na ideia de justiça restaurativa e não retributiva, a “Comissão de Verdade e Reconciliação” da África do Sul foi voltada exclusivamente para a apuração da verdade e ofereceu anistia aos agentes da opressão.

⁵⁷ Note-se, contudo, que há quem sustente justamente o contrário, isto é, que as comissões da verdade podem aprofundar velhos ressentimentos, acirrando novos conflitos. Como observa Hayner (1994:609), além de pessoas interessadas, terceiros neutros têm argumentado que, em ambientes políticos frágeis, o custo-benefício de se investigar o passado não compensa o esforço.

⁵⁸ Por oportuno, vale dizer que o equivalente oposto do direito à verdade vem ganhando notoriedade na Europa e, mais recentemente, no Brasil. O chamado “direito ao esquecimento” remete à possibilidade de impedir a divulgação de informações não atuais, mas verídicas, que possam vir a causar prejuízos de ordem material ou moral. Um dos exemplos paradigmáticos relacionados ao tema é o caso Lebach, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão, em 1973. Diante da colisão de direitos (de um lado, o direito à liberdade de imprensa de divulgar um filme que dramatizava um ato criminoso; de outro, a proteção dos direitos de personalidade do recorrente, que havia cometido o crime anos antes), o Tribunal entendeu que a proteção constitucional da personalidade (que, no atual contexto, denominamos “direito ao esquecimento”) inviabiliza a exploração da pessoa do criminoso por tempo ilimitado. Por todos, veja-se: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 100.

⁵⁹ O termo “testemunha” é emprestado do *United States Holocaust Memorial Museum* (Washington, D.C.), que resume, em uma única sentença, exibida logo na entrada dos visitantes, a importância de sua manutenção: “*You are my witnesses*” (“Vocês são minhas testemunhas”). O museu foi produto de uma série de recomendações da Comissão sobre o Holocausto, formada pelo Presidente Carter, em 1978, que teve como um de seus objetivos honrar vítimas e sobreviventes do massacre, e garantir que as lições aprendidas com ele serão ensinadas perpetuamente.

donde se dizer que as comissões foram mais populares na América Latina, onde regimes não democráticos colocaram em prática e depois encobriram sua política de perseguição.

De fato, as comissões têm exercido uma função importante na transição, na medida em que neutralizam o sigilo e a negação dos fatos ocorridos em períodos de repressão, afirmando uma mudança em favor dos direitos humanos e respeito pelo Estado de direito.

A ideia de legitimação estabelece um vínculo entre as demandas aparentemente contraditórias do passado e do futuro (Winter, 2013:15). A literatura (e, por assim dizer, o grande público) costuma se referir à justiça de transição como se apenas o passado estivesse em mira (“*backward looking*”). O que já era de se esperar, afinal, a expressão remete à compensação de vítimas por perdas sofridas *no passado*, à busca da verdade sobre o que ocorreu *no passado*, à punição de crimes cometidos *no passado*, e assim por diante. Entretanto, a justiça de transição também pode ser entendida como um olhar para o futuro (“*forward looking*”), uma vez que, entre outras coisas, estabelece precedentes para prevenir a repetição de abusos. Essa noção, de que é preciso revisitar o passado para seguir em frente, é conseqüência da concepção de história progressiva, que exploramos no início dessa primeira parte do trabalho: “O objetivo é reinventar o significado social dos conflitos passados, particularmente das derrotas, na tentativa de reconstruir seus efeitos presentes e futuros” (Teitel, 2003:87).⁶⁰

Segundo trabalho seminal de Hayner (1994:604), a comissão da verdade pode ser entendida como um corpo temporário, composto por indivíduos imparciais e de elevado caráter moral, aprovado pelo Estado para investigar um padrão de abusos passados e emitir um relatório. Segundo a própria autora, sua definição inclui quatro elementos: em primeiro lugar, uma comissão da verdade foca no passado; não se concentra em um evento específico, mas, antes, tenta pintar o quadro geral de violações de direitos humanos durante um período de tempo; deve funcionar por um período definido de tempo, até a apresentação de um relatório conclusivo; e, finalmente, uma comissão da verdade é sempre revestida de autoridade estatal, para viabilizar maior acesso a informações e, por conseguinte, melhores resultados.

Na prática, as comissões da verdade possuem uma série de variações que dificultam a formação de um consenso político ou acadêmico sobre a sua estrutura conceitual e o alcance de seus trabalhos: algumas comissões investigam apenas eventos específicos, outras tentam estabelecer a verdade sobre todas as atrocidades de um dado período; algumas emitem

⁶⁰ No original: “*The aim is to reconceive the social meaning of past conflicts, particularly defeats, in an attempt to reconstruct their present and future effects*”.

relatórios com amplo acesso público, outras publicam suas descobertas em volumes caros, acessíveis a poucos indivíduos ou grupos, ou nunca expõem suas conclusões publicamente; algumas nomeiam responsáveis, outras não; algumas podem conferir anistias, outras não; e assim por diante.

Não obstante, é necessário distinguir a responsabilidade legal aferida por meio da persecução criminal, do trabalho realizado pelas comissões da verdade. A metodologia das comissões inclui entrevistas (com vítimas, suas famílias, testemunhas e especialistas), além da análise de documentos oficiais (de agências estatais, forças armadas, partidos políticos e governos estrangeiros), mas é adstrita a normas distintas daquelas que regem os processos judiciais. Como forma de escapar dos riscos a eles inerentes, geralmente as comissões promovem a responsabilização dos perpetradores por meio da publicidade de seus atos. A medida inclui o arquivamento das informações colhidas e a apresentação de um relatório escrito com as conclusões finais da investigação, acompanhado de recomendações (que podem envolver o uso de quaisquer dos demais mecanismos de justiça de transição) sobre as quais a sociedade civil e a comunidade internacional podem exercer pressão para promover mudanças.

Parte da doutrina considera possível e, inclusive, desejável, que o produto das investigações seja utilizado como base para o oferecimento de denúncias criminais. Todavia, na maioria dos casos, os dados que resultam do expediente das comissões não dão azo a processos de qualquer tipo (civil ou criminal), mesmo quando a identidade dos infratores e a extensão das atrocidades são amplamente conhecidas, o que se explica, basicamente, por duas razões: a um, porque, assim, as comissões não são encaradas como algo contrário aos agentes perpetradores, levando-os a cooperar com a obtenção da verdade; a dois, porque, dessa forma, cria-se um processo mais simplificado, sem o rigor exigido pelo princípio do devido processo legal, mormente em processos criminais (Hayner, 1994:604).⁶¹ Nos casos excepcionais em que isso ocorre, a decisão de utilizar o lastro probatório reunido é geralmente política (isto é,

⁶¹ Note-se que eventuais interfaces com processos judiciais devem ser cuidadosamente acompanhadas. Com efeito, uma questão que tem gerado polêmica no âmbito das comissões da verdade se refere à possibilidade das mesmas divulgarem os nomes dos indivíduos que cometeram crime contra os direitos humanos. De um lado, a favor da publicização de nomes, alega-se que a verdade completa requer a revelação dos responsáveis, sempre que houver prova absoluta de sua culpabilidade; de outro, contra a divulgação, diz-se que a medida viola o devido processo legal, na medida em que o indivíduo é considerado culpado sem que lhe sejam asseguradas as garantias típicas do processo judicial (Hayner, 1994:648). A respeito do assunto, dispõe o Princípio 2, do “*The Chicago Principles on Post-Conflict Justice*”, que, quando algum indivíduo puder ser negativamente afetado pelo trabalho de uma comissão, dever-lhe-á ser garantida a oportunidade de refutar a evidência contra ele oferecida, pessoalmente ou por meio de representante designado.

completamente alheia à esfera de influência das comissões), devido ao mandato limitado dos comissários (Hayner, 1994:605).

Como possível intuir, as comissões são invariavelmente confrontadas com uma série de dificuldades. De plano, podemos pensar nos desafios que um governo civil fraco, com uma oposição não democrática infiltrada, pode enfrentar. Mas há outros fatores importantes a considerar, como, por exemplo, tempo e recursos financeiros escassos, que restrinjam a capacidade de ação das comissões; uma comunidade que exija um relatório final exaustivo e uma justiça completa (ou seja, que compreenda um período mais abrangente ou que investigue os eventos com maior grau de profundidade);⁶² e uma sociedade civil fraca e hesitante para depor sobre os abusos sofridos, pois, evidentemente, se aqueles que vivenciaram ou presenciaram os fatos não se dispuserem a contar as histórias, as comissões serão incapazes de atingir o seu objetivo (Sandoval, 2011:8).

1.3.1.4 Anistias e Julgamentos⁶³

Anistias e julgamentos são mecanismos que se encontram no cerne do principal debate no campo da justiça de transição. Diferentemente das demais, que podem ser combinadas, essas são providências reciprocamente excludentes, que, juntas, representam como nenhuma outra o antagonismo, aparentemente irreconciliável, entre reconciliação e retribuição.

Como veremos na próxima parte desse estudo, nos casos em que a transição se dá de forma negociada, os atores envolvidos na mudança de regime firmam pactos políticos entre si, cujo conteúdo abrange, na maioria das vezes, a concessão de anistia. Neste cenário em que a paz deve ser buscada a todo custo, negociação, anistia e reconciliação, são consideradas noções complementares, à medida que, supostamente, a concessão de anistia resulta em redução da rivalidade e, por conseguinte, em reconciliação.

⁶² Pairam, sobretudo, dúvidas acerca da relatividade da verdade que será trazida à tona como “verdade oficial” (quem estabelecerá o que é verdade?) e acerca da possibilidade da verdade ser fielmente reproduzida no caso de comissões instaladas muito tempo depois da ocorrência dos fatos que serão investigados. Como que tentando contrabalancear o ceticismo em vigor, esclarece Hayner: “a importância das comissões da verdade poderia ser descrita com mais precisão em termos de *reconhecimento* da verdade, e não de descoberta da verdade”. No original: “*the importance of truth commissions might be described more accurately as acknowledging the truth rather than finding the truth*” (1994:607, grifo da autora).

⁶³ Note-se, por oportuno, que o presente estudo distingue consideravelmente dos demais precisamente porque tende a considerar as anistias um mecanismo legítimo de justiça de transição – ainda que não em todos os casos.

Em termos genéricos, a anistia tem por objeto a extinção da punibilidade de agentes criminosos, podendo ser concedida antes ou depois da condenação criminal, para crimes, atores e períodos específicos, parcial ou totalmente (Bitencourt, 2011:804). No contexto da justiça de transição em particular, definimos anistia como a declaração oficial de um Estado que libera indivíduos ou grupos de indivíduos de futuras acusações ou condenações por violações de direitos humanos.

Trata-se de uma ferramenta bastante popular. Com efeito, embora os julgamentos sejam considerados o mecanismo mais emblemático, são as anistias que vêm recebendo o grande lugar de destaque nos processos de transição, não apenas quando comparadas aos julgamentos, mas também em relação aos demais mecanismos:

Tabela 1 – Prevalência de Mecanismos de Justiça de Transição

Mecanismo	Número	Porcentagem (%)
Julgamentos	267	32
Comissões da verdade	68	8
Anistias	424	50
Reparações	35	4
Reformas institucionais	54	6
Total	848	100

Fonte: Olsen et al, 2010b:39.

Apesar disso, atualmente, para grande parte da doutrina especializada – afeta que é à abordagem da primeira fase –, a anistia não consiste em um mecanismo de justiça de transição, mas, antes, em uma forma dissimulada de justiça que visa à proteção de regimes autoritários. Este, aliás, o entendimento perfilhado por Flávia Piovesan, para quem a anistia “não nasceu de um pacto nacional, mas da voz de um regime decadente”, equivalendo, na prática, a uma espécie de “lei do esquecimento” (v. “*Lei de Anistia optou pelo esquecimento e pela paz sem justiça*”, Folha de S. Paulo).

Em direção diametralmente oposta, defensores do instituto (uma tímida minoria concentrada entre juristas penalistas) consideram-no uma forma de responsabilização não persecutória (como o são as comissões da verdade, por exemplo) e bastante útil à transição democrática e ao Estado de Direito, na medida em que apazigua potenciais opositores.

Teitel (2002:72) aduz que “a punição é identificada com memória coletiva e a ausência dela [anistia], com amnésia coletiva”,⁶⁴ mas, de acordo com os defensores do instituto, a anistia não implica o esquecimento de violências passadas, mas justamente o

⁶⁴ No original: “*punishment is identified with collective memory, and punishment’s waiver with collective amnesia*”.

contrário, visto que sua concessão pressupõe o reconhecimento de ocorrências criminosas, isto é, que se conhece o fato criminoso que está sendo anistiado.⁶⁵ Neste sentido, segundo eles, a despeito do que o vocábulo possa sugerir, na prática, anistia não é sinônima de amnésia.

No extremo oposto às anistias, deparamo-nos com os julgamentos. O mecanismo tem por melhor exemplo o Tribunal de Nuremberg, estabelecido pelos Aliados para julgar criminosos nazistas, e representa a grande bandeira da primeira fase da justiça de transição, que vem sendo resgatada nos últimos anos. Calcada em um propósito essencialmente retributivo, conforme observamos anteriormente, nessa primeira etapa de sua genealogia, a justiça de transição difundiu a crença de que autores de crimes de guerra, de crimes contra a paz e de crimes contra a humanidade, devem ser, necessariamente, processados diante de uma corte de direito.⁶⁶

Também é cediço o argumento, de cariz eminentemente utilitarista, segundo o qual a responsabilização por crimes cometidos no passado contribui com o bem-estar social, vez que representa um encerramento do regime opressor e, supostamente, evita ocorrências criminosas de igual natureza no futuro (Teitel, 2002:28).

Mas a verdade é que essa última conexão causal ainda carece de comprovação. Segundo Sandoval (2011:4), conquanto o trabalho quantitativo mais proeminente nesta área, de autoria de Kim e Sikkink, sugira que, de um modo geral, os julgamentos ajudam a promover a proteção dos direitos humanos em países que passaram por transições, sua pesquisa contrasta com a de autores como Snyder e Vinjamuri, para quem, ao invés de prevenir, os julgamentos podem causar mais violações. Ademais, parece claro, à luz de diversos ordenamentos jurídicos (inclusive do brasileiro), que as funções da pena não devem

⁶⁵ Há, porém, quem acredite que a anistia não pressupõe o reconhecimento, mas, antes, abre-lhe o caminho, na medida em que estimula a participação dos anistiados na busca pela verdade (eis, aliás, a lógica detrás da “Comissão de Verdade e Reconciliação” da África do Sul, v. *supra*): “Essa decisão [de conceder anistia] pode, no fim das contas, obstruir as tentativas de processar perpetradores ou de instalar uma comissão da verdade, mas também pode servir para reconhecer abusos passados e gerar uma discussão mais profunda sobre a justiça de transição naquele país” (Olsen, 2010b:35). No original: “*This decision may ultimately obstruct attempts at prosecuting perpetrators or pursuing a truth commission, but it may also serve to acknowledge past abuses and generate a larger discussion of transitional justice in that country*”.

⁶⁶ De acordo com Sandoval (2011:4), a referida abordagem encontra respaldo no comando do Direito Internacional para investigar, processar e punir, os responsáveis por tais crimes; e na ideia de que a reparação adequada, sob a ótica do Direito Internacional, inclui, necessariamente, a responsabilização dos agentes criminosos. O artigo 4º da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, de 1948, e o artigo 4º da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, estabelecem a obrigação internacional de punir os crimes de genocídio e tortura, respectivamente. Embora outros tratados de direitos humanos, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a Convenção Europeia de Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, não incorporem expressamente tal obrigação, todos incluem expressamente o direito a um remédio contra tais violações.

ser outras, senão, além da prevenção da prática de novos delitos, a ressocialização do condenado. Se, apesar disso, a intenção oculta detrás dos julgamentos continuar sendo primordialmente a mera retribuição do comportamento criminoso, também será possível considerar que existem medidas alternativas à condenação jurídico-criminal, as quais podem render ensejo a sanções de cunho social (que operam mediante reprovação pública, discriminação, ostracismo, etc.) ou moral (por meio de uma “crise de consciência”) (Swensson Junior, 2010:51).⁶⁷

⁶⁷ As dificuldades para a realização de julgamentos também repousam sobre outros importantes argumentos, a saber: o de que os autores de crimes apenas seguiam ordens ou foram coagidos à participação e, em tais circunstâncias, não haveria uma obrigação moral de tomar medidas heróicas de resistência (o argumento de culpabilidade relativa vem normalmente acompanhado por uma crítica à arbitrariedade da repressão seletiva: seria errado punir algumas pessoas, quando, na verdade, todos são culpados); o de que alguns agentes criminosos foram movidos por uma convicção ideológica genuína, e não por oportunismo (ao contrário do que ocorre com os oportunistas, o objetivo dos ideólogos não é um interesse pessoal, mas a conquista de uma sociedade melhor. Há outro argumento associado a este, da “banalidade do mal”, relativo ao fato de que o meio e cultura do antigo regime tornaram os acusados ignorantes em relação aos efeitos das políticas do regime, ou moralmente insensíveis a eles); o de que os agentes fizeram o que estava ao seu alcance para suavizar as condições do regime, ou mesmo para secretamente sabotar sua operação (eis, aliás, a defesa da “Lista de Schindler”); e o de que o passado é outro país, de modo que o comportamento de pessoas que estiveram sob um regime não democrático não pode ser objetivamente avaliado por aqueles que vivem em um Estado democrático (Posner e Vermeule, 2003:38).

2 CRÍTICAS ÀS CONCEPÇÕES VIGENTES SOBRE A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

A ambivalência entre os modelos reconciliatório e retributivo, referentes, respectivamente, às segunda e primeira (e terceira) fases da genealogia da justiça de transição proposta por Teitel, tem se refletido em dois grandes acoplamentos de sistemas: de um lado, Política e Direito; de outro, Direito e Moral.

No primeiro cenário, em que sobressai o desacordo em torno da realização de negociações entre elites no poder, ora o acordo político é pensado como necessário para o estabelecimento do Estado de direito, ora alguns passos legais são tidos como pré-requisitos para a mudança política.

Para a teoria política, o cálculo dominante de como a transição democrática deveria ocorrer incluiria uma sequência em que a mudança política, isto é, a negociação, deve chegar primeiro. Neste sentido, de acordo com o realismo político, uma vez que a transição é constrangida pelo tipo de ação estatal possível em um determinado contexto, a realização de pactos políticos é perfeitamente aceitável.

Já sob a ótica idealista do direito, as questões relativas à transição recairiam exclusivamente sobre concepções universalistas de justiça. Neste caso, a relação entre direito e política é vista como irrelevante, o direito é entendido como baluarte da moral e a democratização é vista como condicionada à realização de uma justiça retributiva, considerando-se inaceitável a concessão de anistias em qualquer caso.

Como veremos na sequência, a primeira dessas duas posturas é a que tem sido prevalente entre os cientistas políticos que assumiram a missão de analisar os processos de democratização desencadeados pela terceira onda. Como resultado de seus trabalhos, uma forma de transição específica, centrada na realização de pactos políticos e em um conceito minimalista de democracia, tem ganhado destaque nos estudos sobre os períodos transicionais. Ocorre que, se, por um lado, a abordagem idealista falha, por ignorar as influências das circunstâncias políticas na democratização; por outro, como tentaremos demonstrar, a aproximação realista também peca por restringir a cognição do tema à forma como as coisas funcionam, isto é, ao se ocupar de um enfoque exclusivamente descritivo.

No segundo cenário, em que sobressai o desacordo em torno da legitimidade da anistia como mecanismo de justiça de transição, abre-se caminho a uma série de controvérsias referentes à relação entre Direito e Moral. Aqui, a dicotomia estabelecida entre realistas e

idealistas vem informando uma disputa entre a teoria legal crítica e a teoria liberal: valendo-se de uma concepção positivista do direito, a primeira considera as anistias válidas em todos os casos; já a segunda, dominante no direito internacional, concebe a justiça como um fenômeno universal, mas avesso às anistias.

Entretanto, como salienta Teitel (2002:4), “nem a teoria liberal nem a teoria crítica sobre a natureza e o papel da lei em tempos normais representam bem o papel do direito em períodos de mudança política”,⁶⁸ pois, se, de um lado, a teoria liberal peca ao ignorar o significado particular das reivindicações de justiça em períodos de mudança política radical; de outro, a teoria crítica falha ao explicar a relação entre as respostas normativas à injustiça do passado e as perspectivas de um estado para uma transformação liberal.

Em vista do exposto, passamos a seguir à análise crítica dos modelos reconciliatório e retributivo de justiça de transição, e à consequente interação que promovem entre os sistemas político, jurídico e moral, em busca da síntese mais adequada às sociedades que experimentam ou experimentaram períodos de transição política.

2.1 Crítica ao Modelo de Transição Negociada

2.1.1 Os Tipos de Regime e os Tipos de Transição

Na Atenas do século V a.C., todos os cidadãos eram considerados iguais⁶⁹ e, portanto, detentores do direito de participar da Assembleia de Governo. A democracia era concebida em uma relação simbiótica com a *polis*, uma cidade que Tucídides definiu como uma comunidade de homens (“*andrés gar polis*”). A participação política era, então, altamente prestigiada, na medida em que integrava o próprio senso valorativo de dignidade.

Dois mil e quinhentos anos depois, em 1948, o escritor inglês George Orwell descreve o extremo oposto da realidade ateniense em seu livro “1984”, quando tenta projetar o futuro da União Soviética e de outras sociedades totalitárias. Nesta ficção de ares assombrosos e

⁶⁸ No original: “*neither liberal nor critical theorizing about the nature and role of law in ordinary times accounts well for law’s role in periods of political change*”.

⁶⁹ Vale referir, contudo, que, a despeito dos avanços protagonizados em Atenas, apenas os homens livres nela nascidos eram considerados cidadãos. Mulheres, crianças e estrangeiros, eram excluídos da vida pública.

ânimos letárgicos, “Guerra é Paz. Liberdade é Escravidão. Ignorância é Força”; os indivíduos não detêm direitos, são criaturas do Estado, que controla cada aspecto de suas vidas. Em sua essência, a obra busca retratar como regimes não democráticos podem afetar não apenas o exercício das atividades cotidianas, mas também manipular o modo como pensamos e enxergamos a realidade.

É interessante notarmos que a realidade grega e o quadro totalitário descrito por Orwell, na verdade, representam dois grandes extremos do espectro de governo, entre os quais podemos identificar uma série de variações, que nomearemos, genericamente, de “regimes não democráticos”.

No que tange especificamente a esses últimos, embora todos tenham em comum a ausência de elementos próprios da democracia, quando individualmente considerados tendem a revelar características peculiares. Historicamente, os regimes não democráticos assumiram uma multiplicidade de formas e, por conseguinte, deram azo a uma vasta doutrina interessada em sua classificação.

Linz e Stepan (1999:59), por exemplo, em sinal de rejeição ao arcabouço conceitual preponderante entre os analistas da época, propuseram uma tipologia tetrapartida para classificar os sistemas políticos não democráticos do mundo. Dentro do esquema sugerido, os regimes adversários da democracia foram classificados em: sultanísticos, totalitários, pós-totalitários ou autoritários.

De acordo com os referidos autores, os regimes sultanísticos podem ser identificados pela subjugação do pluralismo (econômico e social) a intervenções despóticas; pela glorificação do governante e manipulação arbitrária de símbolos; por uma mobilização capaz usar de violência contra opositores do governo; e por uma liderança extremamente personalista, imune a restrições legais e com forte tendência dinástica (1999:74).⁷⁰

No âmago do regime sultanístico se encontra a fusão dos poderes pessoal e público, pelo sultão. Há uma tendência à sucessão dinástica, e nenhuma separação entre serviços públicos e particulares: as posições de importância no regime não são outorgadas com base

⁷⁰ O conceito em apreço é tributário da herança teórica de Max Weber, conhecido por dedicar-se ao estudo dos tipos de dominação legítima. Entre suas categoriais ideais, destaca-se a chamada “dominação tradicional”, baseada na legitimidade daqueles que exercem a autoridade segundo a crença na santidade de tradições imemorráveis. A autoridade tradicional foi subdividida nas espécies feudal e patrimonial – esta última, por sua vez, gênero dos tipos estamental e patriarcal (ou sultanístico). De acordo com Weber (1978:215), a experiência mostra que em nenhuma instância a dominação se limita a um apelo material, afetivo ou de motivos ideais como fundamento para a sua continuidade: todo sistema tenta estabelecer e cultivar a crença em sua legitimidade. Além da legitimidade com base na tradição, as categorias puras incluem a “dominação legal”, fundada na crença na legalidade de leis estatuídas e no direito daqueles elevados ao status de autoridade, em conformidade com ditas normas; e a “dominação carismática”, com respaldo na veneração extracotidiana da santidade, heroísmo ou caráter exemplar de um determinado indivíduo, bem como das ordens por ele reveladas ou concebidas.

em critérios burocráticos ou profissionais, mas pelo simples fato de se fazer parte do séquito pessoal do sultão.⁷¹

Em linha com o conceito forjado por Hannah Arendt no livro “*Origens do Totalitarismo*”, Linz e Stepan (1999:59) definem os regimes totalitários como sendo aqueles em que não há pluralismo (político, econômico ou social); mas nos quais é marcante a presença de uma mobilização extensiva, de uma ideologia complexa e utópica, e de uma liderança sem limites definidos, que governa, na maioria dos casos, de forma carismática.

Em termos de gênese histórica, há quem estabeleça um parentesco remoto entre as autocracias do passado e o totalitarismo. É preciso notar, contudo, que mesmo poderosos déspotas do passado, como, por exemplo, Luís XIV (autor da célebre frase “*L’État, c’est moi*”), viam o seu governo limitado pela precariedade da comunicação e dos transportes da época. Veja: em ambos os cenários a liberdade desaparece. A diferença reside na extensão em que isso acontece: sem mecanismos de controle suficientes, os autocratas do passado apenas mantinham seus súditos calados no espaço público, de maneira que a média dos cidadãos conseguia exercer o comando de seus assuntos privados; enquanto isso, em manifesto contraste, os Estados totalitários apostavam no entusiasmo da massa, apoiados que estavam pela nova tecnologia à disposição (Cord et al, 2008:84). Assim, parece mais acertado dizer que o totalitarismo “genuíno” se caracteriza como um fenômeno recente, que teve início com a tomada de poder na Rússia por Lênin, em 1917, seguido por Mussolini na Itália, em 1922, e Hitler na Alemanha, em 1933.

Por seu turno, os regimes pós-totalitários (que podem variar entre “inicial”, “congelado” e “maduro”)⁷² tem por traços distintivos um pluralismo (social e econômico) limitado; uma ideologia norteadora enfraquecida; a perda de interesse na organização da mobilização auxiliar do regime; e a contenção dos principais líderes, por meio de estruturas partidárias e procedimentos específicos (Linz e Stepan, 1999:74).

Ao contrário dos totalitários, os regimes pós-totalitários não possuem uma “legitimidade genética”, porque surgem em meio à decadência do medo que o regime totalitário inspirava. Neste sentido, a grande deficiência do pós-totalitarismo parece ser a

⁷¹ Note-se que, no sultanismo, não há sempre identidade entre as autoridades secular e religiosa. Ademais, o termo “sultão” não deve ser vinculado estritamente ao Oriente Médio.

⁷² O pós-totalitarismo inicial é análogo ao tipo totalitário ideal, tendo como único diferencial ser capaz de impor determinados limites à liderança. No pós-totalitarismo congelado há certa tolerância a críticos, mas subsistem mecanismos de controle do partido estatal. E, por fim, o pós-totalitarismo maduro contempla mudanças significativas em todos os aspectos do regime, mas ainda mantém o partido oficial como ente dominante (Linz e Stepan, 1994:61).

perda do componente utópico de seu apelo ideológico, combinado com a eliminação dos piores aspectos da repressão.

A fraqueza de um regime pós-totalitário ainda não foi plenamente analisada e explicada, mas, provavelmente, só poderá ser compreendida se tivermos em mente as enormes esperanças e energias originalmente associadas com o marxismo-leninismo, que, no passado, explicou o surgimento do totalitarismo e seu apelo. Muitos notáveis e influentes intelectuais do Ocidente admiravam ou desculpavam o leninismo e, na década de 30, até mesmo o stalinismo, mas poucos desses intelectuais de esquerda foram capazes de sentir algum entusiasmo pelo pós-totalitarismo da URSS, ou sequer pela perestroika ou a glasnost (Linz e Stepan, 1994:69).

Por derradeiro, os regimes autoritários se caracterizam como sistemas políticos pouco plurais (sob o ponto de vista político, mas não necessariamente econômico ou social); que não possuem uma ideologia complexa (embora detenha um conjunto de “mentalidades” específicas), nem mobilização política (quer extensiva ou intensiva, exceto em alguns momentos); e cuja liderança exerce o poder dentro de parâmetros mal-definidos, ainda que formalmente previstos (Linz e Stepan, 1999:57).

Com efeito, embora confundíveis, autoritarismo e totalitarismo constituem categorias distintas. O autoritarismo se opõe às liberdades individuais com o escopo de estabelecer a ordem, mediante o comando de um pequeno grupo, que pode ser um ditador, um partido ou as forças armadas.⁷³ Neste sentido, ao contrário do totalitarismo, não detém um controle absoluto sobre a esfera privada, deixando normalmente a critério de cada indivíduo a condução de questões familiares, religiosas, econômicas e sociais – donde ser relativamente comum o apoio das classes econômica e religiosa a regimes dessa natureza.⁷⁴

⁷³ Note-se, por oportuno, que, na verdade, algumas ditaduras personalistas são exemplos de regime sultanísticos, como as de Somoza (Nicarágua), Duvalier (Haiti) e Mobutu (Zaire, atual República Democrática do Congo). Isso porque, nas ditaduras personalistas – que podem possuir inúmeras origens (golpes executivos, militares, sistema de partido único, etc.) –, o líder individual é a fonte de autoridade e o poder depende do acesso ao líder, de sua proximidade ou de seu apoio. Já nos sistemas de partido único, geralmente resultantes de revoluções, o acesso ao poder se dá pela via da organização partidária e o partido monopoliza o poder por meio de um domínio ideológico. Tais sistemas geralmente alcançam um nível relativamente alto de institucionalização política, como ocorreu nos países comunistas, no México e em Taiwan, e, portanto, possuem fortes tendências totalitárias. Por fim, nos regimes militares, normalmente criados a partir de golpes de Estado que substituíram regimes civis, os líderes militares exercem o poder de forma colegiada ou o cargo governamental circula entre os generais mais destacados (Huntington, 1994:114). Esse tipo de regime, notadamente autoritário foi comum na América Latina, e representou a espécie de governo adotada no Brasil entre 1964 e 1985.

⁷⁴ Guillermo O’Donnell chega a identificar uma espécie específica de autoritarismo, que designou “burocrático-autoritário”, que tem na grande burguesia a sua principal base social. De acordo com O’Donnell (1988:21), o Estado burocrático-autoritário agrega, institucionalmente, um conjunto de organizações no qual adquirem relevância as especializações na “normalização” da economia, que implica uma maior internacionalização da estrutura produtiva e o agravamento das desigualdades pré-existentes. Sob a ótica estritamente política, constitui um sistema de exclusão de um setor popular previamente ativo, que suprime a cidadania, por meio do

De acordo com alguns cientistas políticos, as características peculiares de cada regime precedente importam em significativas diferenças em eventuais processos de democratização, não apenas nas transições em si, mas também e especialmente nas tarefas que deverão ser executadas futuramente, para fins de consolidação democrática (Vitullo, 2005:36). Isso porque, para muitos deles, embora elementos de caráter internacional muitas vezes hajam exercido uma influência significativa nas democratizações, as causas preponderantes advieram de circunstâncias internas.

Com efeito, as implicações do tipo de regime anterior podem ser conferidas no quadro sinóptico proposto por Linz e Stepan (1999:78):

Tabela 2 – Implicações do Tipo de Regime Anterior quanto às Tarefas de Consolidação Democrática

Características do campo	Autoritário	Totalitário	Pós-totalitário	Sultanístico
Autonomia da sociedade civil	média a alta	baixa	baixa a média	baixa a média
Autonomia da sociedade política	baixa a média	baixa	baixa	Baixa
Constitucionalismo e estado do direito	baixa a alta	baixa	média	Baixa
Normas profissionais e autonomia da burocracia estatal	baixa a alta	baixa	baixa a média	Baixa
Sociedade econômica com algum grau de autonomia de mercado e pluralidade de formas de propriedade	média a alta	baixa (comunismo) ou média (fascismo)	baixa a média-baixa	baixa a média

Ora, sabe-se que os regimes que se movimentaram em direção à democracia durante a última onda eram, em grande medida, de dois tipos: os autoritários que experimentaram um forte crescimento econômico, e os comunistas (totalitários e, na sequência, pós-totalitários).

Seguindo a tipologia proposta por Linz e Stepan, parece razoável concluir que, para esses países que passaram por regimes autoritários, o único item remanescente para a concreção de uma agenda democrática se relaciona com o estabelecimento de uma sociedade política autônoma, com instituições democráticas legítimas. Por outro lado, se estivermos diante de um dos países que suportaram regimes totalitários, não só a sociedade política terá de começar a ser construída do zero, mas também a sociedade civil, o constitucionalismo, o Estado de direito, as normas profissionais para a burocracia e a sociedade econômica.

fechamento de canais democráticos e da eliminação de organizações (entre elas, partidos) que vocalizam demandas de justiça individual incompatíveis com a ordem e a “normalização”. O resultado é a “despolitização” do trato das questões sociais, submetendo-as ao que alegam serem critérios neutros e objetivos de racionalidade técnica.

Não obstante, percebe-se que muitos cientistas políticos, a exemplo de Huntington, vem adotando uma abordagem mais específica do que a de Linz e Stepan, priorizando o enfoque na sociedade política, em detrimento de outros segmentos (notadamente, da atuação da sociedade civil). Com efeito, para o referido estudioso americano, o poder relativo dos grupos governistas e de oposição é o que efetivamente molda o processo de democratização.

No cerne da coalizão governista, as opiniões de seus integrantes podem variar entre os que são inclinados à democratização (democratizadores), os que apóiam uma reforma ou uma liberalização (reformadores) e os que se opõem completamente à democracia (conservadores). De semelhante modo, em meio aos opositores do regime, as opiniões em relação à democratização também podem variar consideravelmente, entre favoráveis à democracia (democratas), apoiadores de reformas (moderados) e opositores da democratização (radicais ou extremistas). De fato, segundo Huntington, a transição para a democracia ocorre de forma mais fácil quando, tanto na ala governista quanto na oposição, predominam grupos a favor da democracia.

Baseado nessas variantes de comportamento, Huntington (1994:126) agrupa os casos de democratização em três tipos de processo de transição: a substituição (ou “ruptura”), a transformação (ou “reforma”) e a transtituição (ou “*ruptforma*”, um amálgama de ruptura e reforma).⁷⁵ Para identificar a qual dos três tipos um determinado caso de transição pertence, avalia três tipos de interações: (i) entre governo e oposição; (ii) entre reformadores e conservadores; e (iii) entre moderados e extremistas.

Nas substituições, os ocupantes do governo são categoricamente infensos à mudança de regime, de maneira que a democratização resulta, necessariamente, de um protagonismo da oposição, que passa a assumir o governo, reduzindo a força do grupo então governante até o seu colapso. Neste sentido, para que ocorra a alteração de regime para a democracia, os moderados devem ser mais fortes do que os extremistas e a oposição deve ser mais forte do que o governo. De acordo com Huntington (1994:144), até 1990, das trinta e cinco transições da terceira onda, apenas seis teriam sido substituições.

⁷⁵ Há, contudo, um quarto tipo de processo, não considerado por Huntington em seu estudo, mas que vale a menção: a chamada “intervenção”. [Conforme classificação de Elster (2004:73), os processos de justiça de transição podem ser exógenos, isto é, impostos por uma nação estrangeira (intervensões); ou endógenos, isto é, iniciados pelos próprios países onde ocorreram as violações de direitos humanos (de que são exemplos os casos do Brasil, da Argentina e do Chile, na terceira onda de democratização).] Trata-se de um processo que fora alvo de controvérsias no pós-1945 (quando, por exemplo, os Aliados ocuparam e dividiram a Alemanha, dando fim ao regime nazista), e que, recentemente, retornou ao centro de discussões com a ocupação do Iraque por Forças Armadas americanas.

Nas transformações, os próprios detentores do poder tomam a dianteira para transformar o sistema então vigente em um regime democrático. Desse modo, a transformação só acontece quando os reformadores são mais fortes do que os conservadores, e o governo, mais forte do que a oposição. Conforme diagnóstico de Huntington (1994:128), de todas as democratizações ocorridas durante a terceira onda, as transformações teriam sido responsáveis por aproximadamente dezesseis.

Note-se que, ao contrário do que ocorre nas substituições, onde existe um rompimento nítido com o passado, nas transformações há certa continuidade da liderança anterior. É neste sentido a observação de Jeane J. Kirkpatrick, política americana durante a administração do Presidente Reagan, sobre uma das diferenças entre autoritarismo e totalitarismo: “Ao tentar tudo controlar, [...] eles [os sistemas totalitários] criaram um sistema frágil que se quebra, mas não se curva” (Cord et al, 2008:88).⁷⁶ Assim, em outras palavras, regimes autoritários seriam capazes de se transformar, mas regimes totalitários, não. Por isso, países como Argentina, Chile e Brasil, teriam conseguido retornar à democracia por meio da mesma liderança na década de 1980; enquanto regimes comunistas do bloco soviético, não: porque não podiam passar por uma “reforma real”, simplesmente entraram em colapso tentando se reformar.

Finalmente, nas transtituições, a democratização ocorre a partir da atuação conjunta entre governo e oposição. Nelas, ambos os lados do espectro político reconhecem a impossibilidade de se estabelecer o futuro político do país unilateralmente. Neste sentido, a interação central se dá entre reformadores governistas e moderados da oposição, que, além de se incumbirem da contenção dos grupos antidemocráticos do seu lado, devem possuir entre si uma distribuição de poder mais ou menos equilibrada. Segundo Huntington (1994:153), cerca de onze, das trinta e cinco liberalizações e democratizações havidas ou iniciadas entre 1970 e 1980, aproximam-se do modelo de transtituição.

2.1.2 Os Pactos Políticos e a Teoria Hegemônica da Democracia

Dessa ótica direcionada aos atores da sociedade política resulta um importante componente de algumas transições, a saber: a possibilidade de realização de pactos políticos. Segundo O’Donnell e Schmitter (1986:37), um pacto pode ser definido como um acordo

⁷⁶ No original: “By attempting to control everything, [...] they have created a brittle system that can break but not bend”.

explícito, mas nem sempre explicado ou justificado publicamente, entre um determinado grupo de atores, que deseja definir regras para governar o exercício do poder com base em garantias mútuas para aqueles que irão compartilhá-lo.

Na esteira do quanto dito até aqui, é importante salientar que nem todas as transições implicam, necessariamente, pactos políticos: “pactos – com ou sem elementos consociativos – não podem ser criados em todos os sistemas políticos. Os pactos partidários têm duas precondições: primeiramente, precisam de líderes com atribuições organizacionais e ideológicas que lhes permitam negociar uma grande coalizão entre eles próprios; em segundo lugar, a obediência de seus seguidores políticos aos termos do pacto” (Stepan apud Linz e Stepan, 1999:79).

Assim, dos quatro tipos de regimes não democráticos previamente explanados, apenas em dois o pacto político se afigura possível. Isso porque, tendo em vista a dinâmica de atores, apenas nos regimes pós-totalitário maduro e autoritário estariam presentes as condições necessárias ao alinhamento de moderados e reformadores. Em um regime próximo ao tipo sultanístico ou similar ao ideal-típico totalitário, não há moderados e reformadores simplesmente porque há apenas um único jogador – o líder máximo totalitário ou o sultão, acompanhados, respectivamente, pelos integrantes do partido-Estado e por seu séquito “doméstico”. Poder-se-ia falar em uma oposição clandestina, mas, como regra, não há oposição porque, como vimos, as sociedades civil e política detêm pouca ou nenhuma autonomia, para se organizar e propor uma negociação política.

Os pactos, quando possíveis, podem ser de tempo determinado ou apenas enquanto perdurar o consenso, mas, em quaisquer dos casos, costumam ser considerados soluções temporárias que diminuem o risco de resultados funestos.

Esses acordos se beneficiam de uma concepção gradualista ou seqüencial de democratização, ou seja, de um processo de democratização que se prolonga no tempo: pressupõe-se a existência de etapas ou estágios que, supostamente, abririam caminho para a resolução de problemas que atingem alguns processos de democratização (Vitullo, 2001:54). Tal interpretação se encontra presente em manuais de ciência política, que comparam e avaliam os casos de transição com lastro em “experiências ideais”: “A transição para a democracia é delicada e acontece melhor devagar e gradualmente, como aconteceu na Grã-Bretanha com uma série de Leis de Reforma durante o século dezenove” (Cord et al,

2008:90).⁷⁷ Há, incrustada em tal padrão epistemológico, uma associação entre pacto e não violência: “Acontecendo através [sic] de compromissos e eleições, a maioria das democratizações da terceira onda foi relativamente pacífica se comparada a outras transições de regime” (Huntington, 1994:191).

Em função disso, as chamadas “transições pactuadas” ou “transições negociadas” (e, por conseguinte, questões atinentes às lideranças políticas, à forma como elas se relacionam e à razão de seus juízos decisórios) têm recebido destaque na literatura sobre transitologia. São frequentes as referências aos pactos como sendo “componentes-chaves” das transições; o que, sem dúvida, denota uma tendência em acreditar que o compromisso da elite política constitui condição *sine qua non* para uma transição democrática exitosa.

Nos casos em que essa indicação não é explícita, diz-se que a adesão a esses mecanismos oferece *maiores probabilidades* de implantação e consolidação da democracia. O’Donnell e Schmitter (1986:37), por exemplo, sustentam que tais acordos não constituem elementos indispensáveis para uma transição bem-sucedida, mas exercem um papel importante em qualquer mudança gradual de regime. Neste sentido também parece caminhar Huntington, quando subestima o influxo popular e enfatiza a importância do isolamento das estruturas políticas nos processos de transição desencadeados durante a terceira onda:

Uma imagem muito difundida das transições democráticas é de que os governos repressivos são derrubados pelo “poder popular”, pela mobilização em massa de cidadãos irados que exigem uma mudança de regime e acabam por alcançá-la. Alguma forma de ação em massa aconteceu em quase todas as mudanças de regime da terceira onda. No entanto, em apenas cerca de seis transições ocorridas ou em andamento no final da década de 1980, as manifestações de massa, os protestos e as greves desempenharam papéis centrais (1994:147).

As negociações e o compromisso entre as elites políticas estiveram no cerne dos processos de democratização. [...] Não importa que a iniciativa para a democratização tenha partido do governo, da oposição ou de ambos; em algum ponto, os principais atores chegaram a um acordo quanto aos aspectos cruciais do processo de democratização e do novo sistema que estava para ser criado (1994:166).

Mas em que medida a centralidade dos pactos garante uma transição efetivamente *democrática*? Para que não nos precipitemos no erro, talvez outra pergunta deva ser formulada em lugar dessa: com base exatamente em quais critérios um pacto pode ser considerado democrático? Em outras palavras, qual concepção de democracia nós estamos

⁷⁷ No original: “*The transition to democracy is delicate and happens Best slowly and gradually, as it did in Britain with a series of Reform Acts during the nineteenth century*”.

abraçando, quando celebramos um pacto político como mecanismo de transição democrática?⁷⁸

Quando da avaliação do que alguns consideram pelo termo “democracia”, é possível verificar certo desapego a uma definição estanque, o que invariavelmente redundará na criação de democracias com diferentes nuances. De fato, parece mais ou menos difundida uma relativização da matriz democrática. Neste sentido, Jowitt (1996:52) chega a aduzir que nenhuma das definições de democracia existentes é intrinsecamente mais democrática do que a outra; segundo ele, trata-se apenas de diferentes tipos de democracia.⁷⁹

Para os fins aqui colimados, podemos encontrar uma pista de como responder a essas perguntas na maneira como qualificamos as transições democráticas na primeira parte desse trabalho. Quando do estudo sobre os processos de democratização, referimos que a doutrina clássica considera uma transição como democrática quando um grau de acordo foi alcançado em relação aos procedimentos políticos para a realização de eleições; quando um governo é eleito a partir do voto popular livre; quando este governo detém autoridade para gerar novas políticas; e quando os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, não dividem o poder com outros organismos.

Tal definição encontra respaldo na formulação do conceito de democracia que se tornou hegemônica na segunda metade do século XX, após uma relativa superação da

⁷⁸ Ora, é verdade que a história das democratizações não se confunde com o estudo da democracia. Embora esta última integre a parte final do processo, o foco dos estudos sobre democratização está na alteração de regime, e não no regime democrático *per se*. Não obstante, para fins de avaliação do grau de legitimidade democrática alcançado nos referidos processos, parece urgente a compreensão da concepção de democracia adotada pelos estudiosos em suas análises.

⁷⁹ As opiniões, de um modo geral, oscilam entre considerar a democracia um produto de circunstâncias históricas (portanto, ocasional) e algo que possui um valor intrínseco (ou seja, universal). De um lado, argumenta-se que algumas civilizações, em função de códigos, tradições e religiões específicas, jamais adotarão uma forma democrática de governo. Donde dizer-se, por exemplo, que determinadas características do islamismo e do confucionismo seriam fortemente antagônicas à democratização. [É interessante notar que esse juízo vem sendo colocado à prova nos últimos anos. Recentemente, por exemplo, a Indonésia, o país de maior população muçulmana do mundo, elegeu democraticamente o seu primeiro Presidente sem laços com o regime autoritário de Mohamed Suharto (v. “*Novo presidente da Indonésia assume o cargo*”, Revista Veja Online).] Esse entendimento que busca enfatizar as limitações culturais da democracia é comumente associado ao pensamento da escola comunitarista, que se desenvolveu no início da década de 1980. Indo de encontro a essa lógica, Amartya Sen (2006:51) salienta que a ideia de que a democratização impõe valores e práticas do Ocidente a sociedades não ocidentais parte da equivocada suposição de que a democracia possui raízes que só podem ser encontradas no pensamento ocidental: “A aparente modéstia ocidental que toma a forma de uma humilde reticência ao promover ‘ideias ocidentais sobre a democracia’ no mundo não ocidental, inclui uma arrogante apropriação de uma herança que é global, como se fosse exclusivamente do Ocidente”. No original: “*La aparente modestia occidental que toma la forma de una humilde reticencia a promover ‘ideas occidentales sobre la democracia’ en el mundo no-occidental, incluye una arrogante apropiación de una herencia que es global, como si fuera exclusivamente de Occidente*”. Na tentativa de compor o dilema em questão, conciliando a diversidade cultural com a ideia de uma democracia de alcance universal, Król (1993:363) sugere falarmos em “graus de democracia”.

dicotomia havida entre as concepções marxista e liberal de democracia. Um conceito que nos remete à democracia como produto resultante das decisões, cálculos e estratégias, dos grupos e atores políticos mais relevantes. Desde essa perspectiva, os enredos e desfechos políticos dependem menos de fatores macroestruturais (história, cultura, pobreza, crescimento econômico, etc.), do que dos acordos levados a cabo por um número limitado de participantes, considerados indivíduos-chave para a transformação política (Vitullo, 2001:54).

Trata-se de uma nova matriz democrática que orientou inúmeros analistas políticos e muitos estudiosos dos processos de democratização. Autores como Huntington, Giovanni Sartori, Alfred Stepan e Juan J. Linz, por exemplo, são bastante representativos dessa tendência disseminada entre os teóricos da transitologia clássica. Para o primeiro, um sistema político pode ser considerado democrático “na medida em que nele seus principais tomadores de decisões coletivas sejam selecionados através [sic] de eleições periódicas, honestas e imparciais em que os candidatos concorram livremente pelos votos e em que virtualmente toda a população adulta tenha direito de voto” (1994:17).

Entre a larga maioria dos teóricos, passou a predominar a opinião conformista de que a democracia estava permanentemente dominada pelas elites. Neste sentido, começou-se a perfilhar a ideia de que a “condição suficiente de democracia” estaria observada se: (i) o eleitorado pudesse eleger representantes entre elites rivais; (ii) as elites não adquirissem o poder por fatores hereditários, nem impedissem o acesso de novos grupos sociais às posições de liderança; (iii) as elites extraíssem apoio de coalizões mutantes; e (iv) as elites que dominam diversos âmbitos da sociedade não se aliassem entre si (Bachrach, 1973:14).

A teoria, de contorno eminentemente liberal, apoiou-se em três pilares fundamentais: na representatividade; na ideia de democracia como procedimento; na redução da soberania popular; e na suposta identidade entre democracia e regras do jogo eleitoral.

No que tange ao primeiro fundamento, é preciso dizer que, originalmente, a democracia havia sido concebida para viabilizar a participação direta de todos os cidadãos no governo. A partir de uma lógica de igualdade, todos os cidadãos das pequenas cidades gregas integravam a Assembleia de Governo e podiam ser eleitos, mediante sorteio, para o exercício de deveres públicos.⁸⁰ Trata-se do embrião do que, posteriormente, viemos a denominar “democracia direta”.

⁸⁰ Apesar da noção de “autogoverno”, parece claro que mesmo nessa época havia uma liderança (Sartori, 1994:37). Estima-se que, pelo menos uma vez na vida, o cidadão comum era escolhido para servir como dirigente do governo.

A combinação de democracia em níveis locais e em um nível mais elevado, por meio de um parlamento eleito pelo povo, só começou a se concretizar entre os anos de 600 e 1000 d.C., na Inglaterra, na Escandinávia, nos Países Baixos, na Suíça e ao norte do Mediterrâneo (Dahl, 2001:28). A noção de democracia representativa (ou democracia indireta) encontra sua gênese na percepção de que a representatividade oferece uma solução para os problemas de consenso nas democracias de grande escala. Seria muito inconveniente para uma unidade democrática de proporções continentais exigir que cada indivíduo, na qualidade de dirigente, entrasse em contato com todos os demais, para resolver uma questão qualquer de interesse geral. Como o jurista inglês John Selden notou certa vez, na defesa por um parlamento em Londres: “*The room will not hold all*” (“Não caberão todos na sala”).

De fato, parece mais factível consultar o cidadão apenas em situações de excepcional importância, reservando as demais decisões a um comitê eleito por sufrágio popular.⁸¹ Não obstante, também parece ter contribuído para a disseminação do indigitado modelo o desenvolvimento da ideia de autorização/delegação de poder e de que, na esteira do pensamento de Stuart Mill, os representantes são capazes de expressar as diferentes opiniões do eleitorado (Santos e Avritzer, 2002:49).⁸²

No que concerne à ideia de democracia como procedimento, um dos principais avanços na teoria foi dado por Joseph Schumpeter em seu trabalho seminal de 1942, intitulado “*Capitalismo, socialismo e democracia*”. Afastando-se da doutrina kelseniana e limitando substancialmente o significado de democracia, Schumpeter conferiu um novo sentido ao caráter procedimental vigente até então: a democracia deixa de ser vista como um mecanismo de tomada de decisão que prestigia a soberania popular (“governo pelo povo”), para ser um método político de constituição de governos (“governo aprovado pelo povo”). Dessa forma, as ideias oriundas do século XVIII sobre o bem comum e a vontade do povo passam a ser tratadas como mito e “a democracia não significa outra coisa além da oportunidade com que

⁸¹ Por isso, alguns mecanismos de democracia direta continuam vigentes entre os países democráticos de hoje. Na Constituição brasileira, por exemplo, o art. 14 prevê o exercício da soberania popular mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular.

⁸² Não obstante a origem remota da distinção, ao longo do século XX, a preferência por um ou outro modelo assumiu uma envergadura claramente ideológica: a democracia exercida diretamente passou a ser associada ao pensamento socialista e a representativa, à versão “burguesa” de democracia. Uma ilustração dessa disputa pôde ser observada recentemente no Brasil (embora a providência não tenha levado a uma democracia direta *per se*, mas tão-só a um aperfeiçoamento da democracia híbrida ou participativa). A controvérsia foi gerada pelo Decreto Presidencial nº 8.243, de 23 de maio de 2014, que instituiu a Política Nacional de Participação Social (PNPS) e o Sistema Nacional de Participação Social (SNPS), e teve por objetivo a ampliação da participação social por via de canais institucionais consultivos. De um lado, houve quem sustentasse se tratar de uma aguardada resposta a demandas constitucionais. De outro, quem considerasse a medida autoritária, “bolivariana” e atentatória contra prerrogativas do Poder Legislativo.

conta o povo para aceitar ou rechaçar os homens que hão de governá-lo” (Schumpeter, 1961:285).⁸³

A filosofia da democracia que Schumpeter visa a combater, chamada por ele de “doutrina clássica da democracia”, considera que o método democrático consiste no “arranjo institucional para se chegar a certas decisões políticas que realizam o **bem comum**, cabendo ao povo decidir, através [sic] da eleição de indivíduos que se reúnem para cumprir-lhe a vontade” (Schumpeter, 1961:305, grifo nosso). Os dois componentes grifados nessa definição, alvos principais da desconstrução promovida pelo autor, estão interconectados e podem ser lidos, respectivamente, sob a legenda “interesse público” e “vontade do povo”.

No que concerne à primeira, Schumpeter argumenta inexistir um bem que toda a coletividade possa aceitar, com base em argumentos exclusivamente racionais. Isso não propriamente por motivos egoístas – no sentido de que as pessoas priorizam interesses particulares, em detrimento do interesse público –, mas simplesmente porque, para indivíduos e grupos diferentes, o interesse público provavelmente significará coisas diversas.

Ainda que se possa eventualmente chegar a um consenso sobre um determinado tema geral, certamente haverá divergências quanto à maneira de realizá-lo (Schumpeter, 1961:306). Por exemplo, parece claro que todos desejam saúde, mas há inúmeros desacordos sobre a escolha e distribuição dos médicos na rede pública, os tipos de tratamento que devem ser oferecidos gratuitamente pelo Estado, o acerto no uso de certos recursos medicinais (por exemplo, a maconha) e de mecanismos de controle de natalidade (vasectomia, laqueadura, aborto, etc.), e assim por diante.

Quem quer que aceite a doutrina clássica da democracia e, em consequência [sic], acredite que o método democrático deve permitir que os assuntos sejam decididos e a política formulada de acôrdo [sic] com a vontade do povo, não pode negar que, mesmo que essa vontade fosse inegavelmente [sic] real e definida, a decisão por simples maioria em muitos casos deturparia e jamais executaria esses desejos.

⁸³ Na verdade, a despeito do maior alcance obtido pela formulação de Schumpeter, outro teórico – Gaetano Mosca, em “*Elementi di Scienza Politica*” – foi o primeiro a discorrer sobre elitismo democrático. Em um primeiro momento, Mosca abre fogo à democracia, por considerá-la um instrumento pernicioso da revolução socialista. Entretanto, após repensar sua opinião original, enxerga no modelo de democracia representativa uma oportunidade para resolver o problema da instabilidade política, provocado pelo pluralismo da classe governante, isto é, pelas elites com interesses difusos e antagônicos. O autor percebe que as instituições democráticas oferecem um instrumento essencial para as diferentes expressões políticas, facilitando o controle mútuo e a circulação das elites. Segundo ele, enquanto a democracia, em sua forma pura (isto é, democracia direta), conduz à instabilidade e à tirania; sob o controle da elite, converte-se em uma força anti-revolucionária, garantindo estabilidade e liberdade (Bachrach, 1973:32). Com isso, Mosca consegue, a um só tempo, conciliar os princípios elitistas e democráticos, conferindo maior credibilidade à sua proposta.

Evidentemente, a vontade da maioria é apenas a vontade da maioria e não a vontade do *povo* (Schumpeter, 1961:331, grifo do autor).⁸⁴

Schumpeter se aproveita dessa primeira constatação, referente à ausência de um interesse público uniforme, para atacar a ideia de “vontade do povo”. Segundo ele, este último conceito pressupõe um bem determinado e compreendido por todos (1961:307), isto é, um objetivo comum que possa simbolizar a reunião de vontades. Aplicado o raciocínio silogístico, temos que: se, para existir vontade do povo, é necessária a identificação de um bem comum (P); e o bem comum não existe (P); logo, a vontade do povo também não existe (C). Com efeito, o autor chega a referir que, ao revés do que se costuma propagar, as ideias de “governo do povo”, “vontade do povo” e “poder soberano do povo”, não passam de engodo engendrado para compensar o declínio na crença da autoridade de origem divina, em vista do avanço de postulados modernistas (individualismo, hedonismo, etc.).

Entretanto, não satisfeito com o alcance desse argumento, o autor formula outro, que vem a ganhar ainda maior destaque, especialmente para os fins aqui colimados. Neste sentido, Schumpeter passa a questionar a independência racional da vontade individual no que concerne a assuntos políticos, para, na consequência e com fulcro na ilação anterior, indicar por quem as decisões dessa seara seriam efetivamente tomadas.

Segundo ele, para argumentar que a vontade do cidadão consiste em um fator político digno de respeito, seria preciso que o homem soubesse de forma definida, independente de *slogans* e impressões erradas, o que deseja defender (1961:309). Ocorre que o comportamento humano tende a se deixar influenciar não apenas por aglomerações físicas de pessoas, mas também pela mídia, partidos políticos e quaisquer outros grupos de influência: “a mera afirmação, repetida constantemente, vale mais do que um argumento racional, assim também como o ataque direto ao subconsciente, que toma a forma de tentativas de evocar e cristalizar associações agradáveis de uma natureza extra-racional [...]” (Schumpeter, 1961:314).

A partir desse marco teórico, Schumpeter passa a construir a hipótese de que o cidadão comum só se veria isento desse tipo de influxo nos assuntos que lhe interessassem diretamente e que estivessem constantemente sob a sua observação direta, como aqueles

⁸⁴ Sobre esse ponto, Richard Posner (2003:132), adepto da teoria schumpeteriana, elabora algumas interessantes considerações. Ao censurar o que chama de “conceito idealista e deliberativo de democracia”, o jurista americano aponta para a dificuldade envolvida na formação de uma opinião sobre o que é bom para a sociedade como um todo, especialmente dentro de universos pluralistas. De acordo com Posner, além das controvérsias em torno das condições necessárias para que a deliberação se efetive (redistribuição de renda, reformas educacionais, etc.), discussões dessa espécie podem variar desde qual o objetivo de uma dada sociedade até se o compromisso com um objetivo (ou objetivos) é a maneira correta de se pensar sobre o bem comum; o que, por sua vez, pode redundar facilmente em um profundo e possivelmente inconclusivo debate filosófico.

relacionados à família, negócios, *hobbies*, amigos e inimigos, etc. Nesses casos, o indivíduo normalmente consegue perceber a relação entre efeitos favoráveis e desfavoráveis e uma dada ação e, assim, desenvolver um senso de realidade ou de responsabilidade mais aguçado. Em contraste, quando a causa de determinadas consequências e as próprias consequências que dela advém se diluem na sociedade, sentimo-nos num “mundo de ficção”.⁸⁵

Seguindo por essa lógica, conforme nos afastássemos dos interesses de cunho privado e nos aproximássemos do domínio dos assuntos nacionais e internacionais, identificaríamos, além de um senso de responsabilidade reduzido, a ausência de uma vontade eficaz. Tratando-se especificamente da atuação do indivíduo como cidadão, seria possível perceber uma diminuição de sua capacidade mental logo que adentra na esfera política. Nas palavras de Schumpeter, “[o cidadão típico] argumenta e analisa de uma maneira que êle [sic] mesmo imediatamente reconheceria como infantil na sua esfera de interesses [sic] reais. Torna-se primitivo novamente” (1961:319).

Curiosamente, ao contrário da maioria dos estudiosos pragmáticos – e, de certa forma, antepondo-se ao “governo dos sábios” idealizado pelo filósofo Platão⁸⁶ – para o pensador de Triesch, não existiriam pessoas “iluminadas” ou intelectual e moralmente superiores do que outras, para lidar com os assuntos políticos (1961:319). Neste sentido, a medida de entendimento e de envolvimento do cidadão comum independeria do tempo de que dispõe para a dedicação à vida política ou do grau de instrução detido (Posner, 2003:133). Não obstante, a falta do elemento lógico, e a conseqüente nescidade nos processos de formação da mentalidade coletiva, renderiam ensejo a que determinados grupos insidiosos (demagogos,

⁸⁵ É interessante a reflexão de Ackerman (2006:426) a respeito do correspondente lógico, na sociedade política americana, da resposta européia à pergunta sobre “quem efetivamente governa”. De acordo com o autor americano, “o medo das massas” refletido na obra schumpeteriana também pode ser detectado na ciência política dos Estados Unidos, embora a linha política neste último caso seja mais otimista, no sentido de crer na capacidade coletiva construtiva. Com efeito, enquanto a concepção européia perfilha que apenas uma elite é capaz de governar, a concepção americana é pautada no pluralismo, ou seja, uma vez que os grupos de interesses negociam uns com os outros, ninguém governa o tempo todo. Não obstante, as duas tendem a se aproximar à medida que, no processo de negociação americano, alguns grupos vão tendo os seus interesses suprimidos, levando a um desequilíbrio entre os potenciais negociais. Curiosamente, Ackerman também identifica alguns riscos nas propostas de correção dos referidos desequilíbrios organizacionais (ou na busca por um “pluralismo perfeito”). Isso porque, não raro, segundo ele, tais reformas redundam na impressão de que o que importa é a busca restrita dos interesses parciais e não o bem comum de todos.

⁸⁶ Para Platão, o Estado Ideal deveria ser dirigido por uma única pessoa, o sábio (filósofo), que contemplou a Verdade; jamais pela multidão (como em uma democracia), pois, segundo ele, esta não sabe governar: “[...] os bons não querem governar nem por dinheiro em troca de honras; [...]. Precisam, pois, ser induzidos e coagidos a governar pelo temor ao castigo; [...]. O maior castigo está em ser o que recusa; [sic] governado por um homem mais perverso. E é esse temor, segundo me parece, que induz os bons a governar – não porque assim o desejem, mas porque não têm outro remédio; e tampouco com a ideia de que irão tirar proveito disso ou sentir-se bem no governo, mas como uma necessidade e na convicção de que não têm homens melhores do que eles, ou sequer iguais, a quem confiá-lo” (Platão, 2011:39).

políticos profissionais, representantes de interesses econômicos, etc.) viessem a se aproveitar da situação de ausência de crítica racional, para modelar ou até mesmo fabricar sub-repticiamente a “vontade do povo”.⁸⁷

Com fundamento nesses pressupostos, Schumpeter revoluciona o conjunto das teorias democráticas existentes e sugere uma definição mais “realista” de democracia, que deixa de ignorar a “vontade manufaturada” e passa a considerá-la como base de sua construção teórica.⁸⁸ Neste novo cenário, o método democrático passa a ser entendido como “um sistema institucional, para a tomada de decisões políticas, no qual o indivíduo adquire o poder de decidir mediante uma luta competitiva pelos votos do eleitor” (Schumpeter, 1961:328). Note-se, por oportuno, que, ainda que mitigada, nele aparentemente continua presente a relação entre democracia e igualdade, na medida em que garantidos o voto e a livre concorrência.

Dando sequência ao pensamento de Schumpeter, Norberto Bobbio passa a associar o procedimentalismo às regras do processo eleitoral. A democracia passa a ser “entendida como

⁸⁷ Note-se que, além de ser objeto de estudo de Schumpeter, esse quadro segmentário com ênfase na ignorância da massa também foi esboçado por Walter Lippmann e empiricamente avaliado por Philip E. Converse. Lippmann foi um jornalista da década de 1920, responsável pela cunhagem do termo “fábrica do consentimento”. Para ele, o povo não passa de um “rebanho” incapaz de cuidar dos próprios interesses e que, em função disso, deve ser enquadrado, controlado e guiado por uma elite “esclarecida”. O controle, para todos os efeitos, deve ser exercido mediante a persuasão de que o enfrentamento direto tende a agravar os problemas e de, por meio do voto, eles também decidem. É, por isso, aliás, que Noam Chomsky ironiza que por meio dessa “lavagem cerebral” a democracia liberal consegue obter o que os totalitaristas só conseguem empunhando armas (v. “*América Rebelde – Uma entrevista com Noam Chomsky*”, Le Monde Diplomatique Brasil). Converse, por sua vez, é o autor do artigo “*The Nature of Belief Systems in Mass Publics*”, trabalho no qual tentou demonstrar, por meio de entrevistas geradas pelo *Survey Research Center*, da Universidade do Michigan, que o público é ignorante em relação a quase todos os assuntos relacionados à política, muito mais do que os observadores políticos possam imaginar (Friedman, 2006:3). A influência exercida pelo artigo nas últimas quatro décadas pode ser verificada na extensa “literatura sobre ignorância pública”, nas quais sobressai a conclusão de que “seja a questão sobre o que o governo faz, sobre o que é autorizado a fazer, sobre quais novas políticas estão sendo propostas, ou quais razões estão sendo dadas para elas, a maioria das pessoas não tem ideia de como responder corretamente” (Friedman, 2006:4). No original: “*whether the question is what the government does, what it is constitutionally authorized to do, what new policies are being proposed, or what reasons are being offered for them, most people have no idea how to answer accurately*”. A implicação normativa desse fundamento parece ser de que a querência popular é tão terrivelmente desinformada que melhor seria não convertê-la em direito.

⁸⁸ De acordo com Bachrach (1973:20), todas as teorias da elite repousam sobre pelo menos dois pressupostos básicos, a saber: que as massas são intrinsecamente incompetentes; e que suas vontades são moldáveis, quando não desenfreadas, em detrimento da cultura e da liberdade. Deles, por conseguinte, extrai-se a inevitabilidade de uma “elite criativa dominante”. Com efeito, os únicos aspectos divergentes entre as referidas teorias referir-se-iam às metas políticas para as quais as massas deverão ser manipuladas: “Lênin, por exemplo, ao conceber o homem comum como uma criança indefesa hipnotizada pela ideologia burguesa, colocava tudo nas mãos de uma elite disciplinada e perseverante, capaz de romper o feitiço burguês e conduzir as massas à terra prometida. Do lado reacionário, Ortega sustentava que o destino da civilização ocidental estava arruinado, a menos que a elite culta subjugasse as massas ao nível de conformidade passiva compatível com a sua natureza medíocre” (Bachrach, 1973:2). No original: “*Lenin, por ejemplo, al concebir al hombre común como un chiquillo indefenso hipnotizado por la ideología burguesa, ponía todo en manos de una élite disciplinada y perseverante, capaz de romper el hechizo burgués y conducir a las masas hacia la tierra prometida. Del lado reaccionario, Ortega sostenía que la suerte de la civilización occidental estaba echada a menos que la élite culta se las ingeniase para someter a las masas al nivel de pasivo acatamiento acorde con su mediocre naturaleza*”.

contraposta a todas as formas de governo autocrático” e “caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem *quem* está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*” (Bobbio, 1987:18, grifo do autor). Em outras palavras, um Estado passa a ser tido como democrático, quando: (i) nele existirem regras que estabelecem quais indivíduos estão autorizados a tomar decisões vinculantes para todos os membros da sociedade; (ii) tal espécie de poder é outorgada a um número muito elevado de membros do grupo; (iii) tais decisões são tomadas com base na regra majoritária; e (iv) são garantidos direitos de liberdade (de opinião, de expressão, de reunião, de associação, etc.), para os que forem chamados a eleger ou a decidir.

Como se pode inferir do quanto exposto, a seleção de representantes deixou de ser um elemento secundário no sistema democrático, para se tornar o principal: os mandatários do poder deixaram de ser responsáveis pela execução da vontade do povo e passaram a ser, eles mesmos, os mandantes, isto é, os incumbidos das decisões políticas.

Há, pois, neste ponto algo tão óbvio que, se fosse uma cobra, provavelmente nos morderia: **o conceito de democracia utilizado como parâmetro para a avaliação do caráter democrático das transições é precisamente o que fundamenta não só a aceitabilidade da, mas também o estímulo à celebração de pactos que concentrem as decisões políticas nas mãos de alguns poucos atores.** Neste sentido, para a transitologia, o papel central deixou de ser desempenhado pelo povo, para ser exercido pela liderança, exatamente nos moldes da teoria hegemônica da democracia; um padrão conhecido como “*whig democracy*” (“democracia para poucos”) (Cord et al, 2008:90).

De fato, os elementos utilizados pelo autor austríaco na formulação de seu conceito alternativo são bastante elucidativos, relativamente às razões que levaram alguns estudiosos a conceber os processos de democratização sob um novo viés epistemológico.⁸⁹ Entretanto, tentaremos demonstrar adiante que o racional perfilhado por esses estudiosos possui inúmeras debilidades, que, a despeito de evidentes, não impediram que tal compreensão fosse amplamente apoiada, tornasse-se hegemônica e, finalmente, servisse de esteio para exaltar as

⁸⁹ É importante consignar que, embora a referência comum na literatura sobre transições de regime seja, de fato, calcada na tradição schumpeteriana, alguns acadêmicos fazem menção a outros tipos de democracia, em especial, à democracia delegativa. Conforme explica O’Donnell (1991:30), o termo “democracia delegativa” remete à espécie de democracia em que o Presidente eleito é autorizado a governar o país da forma que lhe parecer conveniente, limitado apenas pelas relações de poder existentes, até o fim de seu mandato. Por essa visão, instituições como o Congresso e o Judiciário são encarados como incômodos que acompanham benefícios internos e internacionais. Difere da democracia representativa, na medida em que a representação implica a noção de *accountability* (tanto vertical, quanto horizontalmente), isto é, a noção de que o representante é responsável pela maneira como age em nome daqueles que o elegeram, e de que deve contas a uma rede de poderes autônomos, os quais, por sua vez, têm capacidade de questionar e eventualmente até punir práticas impróprias no exercício do mandato.

negociações levadas a cabo durante esses períodos; negociações essas que, em último grau, viabilizaram a permanência de influências não democráticas e transformaram os períodos de transição política em verdadeiras sementes estéreis.

2.1.3 Crítica aos Pactos Políticos e à Teoria Elitista de Democracia

Como observamos na seção anterior, o arcabouço teórico que se refletiu no modelo de transição negociada adotado na segunda fase da justiça de transição, teve suas bases firmadas sobre um conceito específico de democracia. À luz de proposições como a schumpeteriana, que realocou os elementos centrais da definição de democracia então vigente, os estudiosos dos processos de democratização passaram a oferecer lugar de primazia à seleção de representantes.

Assim, de um modo geral, a definição de democracia que a equipara com eleições regulares se tornou bastante popular. Alguns chegaram a considerar que o simples fato de se realizar eleições – mesmo quando alguns partidos ou candidatos são excluídos ou quando uma parte significativa da população dela não participa – seria suficiente para caracterizar a existência de um sistema democrático. Um quadro que, entre outras coisas, confirma que o caráter demasiado formal dessas definições realmente facilita o que se convencionou chamar “falácia eleitoral” ou “eleitoralismo” (“*electoralism*”), isto é, “a crença de que a simples realização de eleições canalizará a ação política em competições pacíficas entre elites e conferirá legitimidade pública aos vencedores” (Karl e Schmitter, 1996:52).

Certa vez, alguém já disse que a maior ameaça à democracia não é algum sistema político antitético, mas a falsa democracia, a democracia dissimulada. Ora, não há nada que ofereça mais risco ao futuro da democracia do que a adesão a um modelo em que esta é tida por lograda com a simples realização de eleições ou a partir de uma negociação entre as elites dirigentes. Afinal, a democracia não poder ser reduzida a uma “mera e fria gramática do poder”, sob pena de se prestar à ignóbil consagração do *status quo* e, assim, servir de óbice à verdadeira transformação político-social (Vitullo, 2005:26). Mas parece ser exatamente isso que a transitologia de fins do século XX pretendeu fazer, ao selecionar arbitrariamente os atores considerados em seus estudos, ocultando não apenas movimentos sociais, comunidades, entre outros atores, mas também o próprio acervo histórico de cada país; como

se os atores políticos fossem capazes de controlar as negociações que conduzem à democracia em uma espécie de redoma, sem condicionantes sociais, econômicas ou internacionais, e completamente desassociados da realidade que os cinge. Como se, no arremate de Vitullo (2001:56), a democracia pudesse ser montada e desmontada conforme o alvitre de um reduzido (e, por isso, geralmente duvidoso) corpo de políticos.

De fato, a análise dos pactos políticos como variáveis autônomas não satisfaz os requisitos impostos por um conceito sólido e substancial de democracia. Existe pouco respaldo empírico para asseverar que acordos nesses termos realmente dulcificam os riscos de falha ou reversão nas transições democráticas (Vitullo, 2005:31). Por outro lado, em vários casos nacionais (por exemplo, nas Filipinas, Alemanha Oriental, Romênia, Coreia, Polônia, a antiga Tchecoslováquia, Portugal, Argentina e África do Sul), parece claro que a pressão ou o “poder popular” desempenharam um papel muito mais significativo nas transições do que qualquer tentativa de acordo entre os grupos governistas e a oposição.

Note-se, porém, que, de acordo com Linz e Stepan (1999:79), os pactos poderiam variar, no plano das intenções e de consequências, entre os extremos *democráticos* e *não democráticos*. Seria possível, pois, que um pacto consociativo viesse a excluir alguns grupos de forma permanente, para benefício de outros. Neste caso, o pacto seria claramente não democrático em sua formação, e, continuando a impedir o ingresso de novos grupos na política, também em relação às suas consequências, resultando em uma forma de “autoritarismo consociativo excludente”. Por outro lado, também seria possível que um pacto fosse especialmente concebido *para viabilizar o desmonte de um regime não democrático e o estabelecimento de uma data para eleições livres*. Neste caso, segundo os autores, o pacto seria democrático no que tange às suas intenções e, como regra, também em relação às suas consequências.

Entretanto, indaga-se: que tipo de democracia estar-se-ia fundando sobre estruturas tão frágeis, que consideram um pacto político democrático, na medida em que simplesmente prevêm a realização de um processo eleitoral? Trata-se, sem dúvida, de uma ótica que retém em si um questionável viés elitista, na medida em que confere aos atributos pessoais da liderança e às suas estratégias de ação, um destaque excessivo.

Por isso, a despeito de sua notável influência sobre análises que envolvem momentos de transição política, as teorias clássicas, que colocam em evidência apenas as habilidades dos principais atores políticos e a celebração de pactos, vem recebendo inúmeras críticas de diversos setores da academia, inclusive no próprio cerco da ciência política.

Obviamente, não se ignora o peso do procedimento na avaliação de um ambiente democrático. De fato, a discordância sobre os procedimentos centrais necessários à democracia pode suscitar dúvidas quanto à legitimidade do novo governo e, eventualmente, indicar um problema na transição. Fraude, manipulação e coerção durante o período eleitoral, por exemplo, constituem claros indícios de uma não democracia.

A propósito, Linz e Stepan (1999:23) também enxergam nesse padrão mínimo conferido pelas eleições uma vantagem, na medida em que vem a estabelecer, de forma clara, para aliados e opositores, quais mudanças são indispensáveis para que a transição se complete. Não obstante, os mesmos autores alertam para o fato de que tal reducionismo pode vir a colocar sob suspeita o caráter democrático de uma transição. Para eles, os momentos de transição “são, em geral, repletos de entusiasmo, de reformas drásticas e de decretos. Entretanto, a não ser que haja um forte compromisso com a tarefa de completar todos os passos exigidos [...], o governo ‘provisório’ poderá vir a se tornar permanente”.

Para além de um possível engodo, os críticos têm identificado que a teoria elitista nos sujeita a uma concepção de democracia problemática, sob, pelo menos, quatro aspectos teóricos.

Em primeiro lugar, porque, segundo eles, a teoria elitista inverteu a lógica da teoria democrática: as principais ameaças ao sistema passaram a advir das massas (não das elites), e a sua principal defesa, das elites (não das massas).

Com efeito, até o final do período oitocentista, a teoria democrática teria se concentrado no ataque ao elitismo de status e de privilégios hereditários. A ideia predominante era a de que “Nenhum homem sai do ventre de sua mãe com um diadema na cabeça ou um cetro na mão” (Bachrach, 1973:12). A partir de então, com o advento das revoluções industrial e tecnológica, a democracia começou a ser adaptada às exigências da nova realidade econômica e social. O novo cenário passou a demandar a habilidade de especialistas para lidar com as novas necessidades funcionais, o que, a reboque de pensadores como Weber, conduziu-nos a um sistema burocratizado regido fundamentalmente por elites.

Em segundo lugar, para os críticos, a interpretação de que fazem uso os elitistas democratas para explicar o que vem a ser o “bem comum” (ou o “interesse público”) afigura-se demasiadamente restrita.

É verdade que, no plano teórico, o elitismo democrático não significa “o governo para os interesses egoístas da elite dirigente” em lugar de “governo para o povo”, ou seja, o objetivo precípua continua sendo, em tese, o bem comum. Como assevera Bachrach

(1973:20), “a defesa moderna do elitismo se baseia principalmente [...] no postulado de que o bem de um povo [...] depende da capacidade dos dotados para conduzir as maiorias que acatam os seus ditames, com vistas ao bem-estar geral”.⁹⁰ Não obstante, existe uma diferença fundamental entre o que constitui o interesse público para os elitistas e no que consiste o interesse público para os democratas.

As teorias elitistas concebem o bem comum em termos unidimensionais, isto é, acreditam que o interesse geral é alcançado quando os indivíduos que compõem a sociedade são beneficiados pelos produtos do sistema democrático, na forma de apoio material, serviços sociais e seguridade. Daí porque a concepção de democracia como método, pensada por Schumpeter, serviu tão bem aos propósitos elitistas: na medida em que a democracia exige apenas *resultados* favoráveis, não se questiona se os meios utilizados para o alcance de fins democráticos também foram democráticos. Dessa forma, o conceito de democracia como método isenta os elitistas de culpa pela divisão dos sistemas democráticos entre elite e massa, ao mesmo tempo em que restringe a democracia a alguns princípios básicos, como igualdade política (sufrágio universal), liberdades (de expressão, de associação, etc.), regra majoritária, eleições periódicas, etc.

A teoria democrática clássica, por sua vez, concebe o interesse público em termos bidimensionais, isto é, em termos de resultados e de processos. Neste sentido, além de aferir o grau de democracia com base no resultado alcançado a partir das decisões tomadas, os democratas também o avaliam a partir do grau de participação pública nelas envolvido. A razão para isso reside em que, para eles, “a dignidade do homem, e na verdade o seu crescimento e desenvolvimento como ente atuante e responsivo em uma sociedade livre, depende de sua possibilidade de participar de forma ativa nas decisões que gravitam significativamente sobre ele” (Bachrach, 1973:153).⁹¹

O raciocínio original é atribuído à Rousseau, considerado o grande teórico da participação, mas também tem sido associado aos trabalhos de J. S. Mill e G. D. H. Cole, com algumas ressalvas. Para Rousseau, a participação cumpre uma função educativa: quanto maior a frequência da participação do cidadão, maior a capacidade dele para participar. Desse modo, a teoria democrática vislumbra na participação pública o único meio disponível para se

⁹⁰ No original: “*la defensa moderna del elitismo se basa principalmente [...] en el postulado de que el bien de un pueblo [...] depende de la capacidad de los dotados para conducir a las mayorías que acatan sus dictámenes, com vistas al bienestar general*”.

⁹¹ No original: “*la dignidad del hombre, y en verdad su crecimiento y desarrollo como ente actuante y responsivo en una sociedad libre, depende de su posibilidad de participar en forma activa en las decisiones que gravitan significativamente sobre él*”.

alcançar o objetivo geral de pleno desenvolvimento das habilidades humanas e, de forma retroalimentar, instigar ainda mais o interesse do cidadão comum pelos assuntos atinentes à esfera pública – donde o caráter auto-sustentável do sistema participativo (Pateman, 1992:39). Essa construção refuta, de certa forma, a objeção da teoria elitista no sentido de que a participação pública seria incompatível com a realidade típica das sociedades industriais. Na medida em que a participação tende a diminuir a apatia política, o desejo pela e o aumento da participação surgiriam no próprio exercício da prática democrática.

Em terceiro lugar, para os críticos, a teoria elitista da democracia descreve o cidadão comum de modo excessivamente desfavorável, comprometendo a relevância do elemento “vontade do povo”, para fins democráticos.

Com efeito, os elitistas partem do pressuposto de que a sociedade está dividida em duas classes: na primeira, que é minoria, encontra-se a elite governante, que desempenha todas as funções políticas, graças a sua superioridade (moral, intelectual, material ou de qualquer outro tipo); na segunda, a massa mal informada, preguiçosa e apática, que é dominada pela elite.⁹² Seguindo esse raciocínio, em lugar de uma vontade genuína correspondente à “*volonté générale*” da doutrina clássica, o máximo que se poderia obter seria uma vontade “artificialmente fabricada” por grupos de influência – algo que seria resultado e não exatamente causa primeira do processo político (Schumpeter, 1961:320).

Para os críticos, o ponto guarda alguma relação com o item anterior. À medida que a participação política aprimora o desenvolvimento humano, tornando-o apto a uma contribuição política progressivamente consistente, o indivíduo acaba sendo levado a deliberar de acordo com uma “vontade constante”, pois deixa de vislumbrar qualquer conflito entre as exigências pública e privada. Neste sentido, diz-se que, a partir do processo participativo, o indivíduo aprende que os interesses público e privado encontram-se imbricados: “Como resultado de sua participação na tomada de decisões, o indivíduo é ensinado a distinguir entre seus próprios impulsos e desejos, aprendendo a ser tanto um cidadão público quanto privado” (Pateman, 1992:39).

⁹² Na verdade, como alerta Bachrach (1973:24), dizer que a sociedade é dividida entre os que governam e os que são governados não é dizer muita coisa; trata-se de um fato notoriamente conhecido. Aliás, mesmo entre os democratas se compreende que a competição e a lógica da recompensa – fatores que contribuem com o referido estado de coisas – são essenciais em uma sociedade livre. Entretanto, os democratas, à diferença dos elitistas, entendem que, em respeito ao princípio da igualdade dos homens e à ideia de máxima utilização das capacidades individuais, nenhuma opinião pode deter primazia sobre outra. Neste sentido, as preferências pessoais ou as concepções individuais acerca de uma hierarquia de atributos humanos podem ser úteis no âmbito privado, mas não podem ser impostas aos demais indivíduos, na medida em que não se pode garantir que tais valores são válidos e comuns a todos os homens.

Outrossim, a verdade é que nenhum estudo empírico conseguiu comprovar a hipótese de que as elites ideológicas são mais bem informadas do que a maioria dos membros do público em geral. Na verdade, de acordo com Friedman (2006:6), a “sofisticação” do conhecimento das elites está mais pautada em estruturas ideológicas (que podem ser liberais ou conservadoras), do que em informação propriamente dita.⁹³

Apesar da dicotomia estabelecida entre elitistas e democratas, alguns pensadores vem pugnando pela necessidade de superar o dilema em questão, conciliando elementos de ambas as teorias de democracia, para que, retendo o que há de útil em cada uma delas, evitemos o que há de prejudicial. Isso porque, se, por um lado, a doutrina clássica de democracia goza de uma sólida posição ética, por outro, parece evidente a distância que a separa do mundo real.

Com efeito, são inúmeros os benefícios atribuídos à democracia; vão desde uma estreita associação à liberdade geral, como consequência do estímulo à liberdade política, até a expansão da zona de paz no mundo, como reflexo de um largo incentivo ao diálogo. Mas até que ponto se pode dizer que esse modelo, de fato, realiza-se na prática? Não há dúvidas de que algumas das promessas do ideal democrático não passaram, desde o início, de grandes ilusões não exequíveis no mundo empírico. Neste sentido, conforme sinalizou Bobbio, é preciso “fazer descer a democracia do céu dos princípios para a terra onde se chocam corposos interesses” (1987:14).

Ora, as principais decisões políticas, econômicas e sociais, são, de fato, tomadas por uma minoria, e, a despeito da máxima aristotélica segundo a qual “o homem é um animal político”, na prática, o que vislumbramos é um ser pouco ou nada interessado em assuntos

⁹³ A ideologia permite que os indivíduos “ideólogos” – isto é, aqueles que restringem sua percepção conforme os ditames de uma dada ideologia – organizem suas ideias acerca do mundo; fornecem-lhes “pregadores”, onde podem “pendurar os fatos políticos”. Neste sentido, a ideologia tende a favorecer os ideólogos, na medida em que viabiliza a retenção de mais informação política; informação esta parcial ou totalmente desconhecida dos indivíduos não ideólogos – isto é, a massa em geral. Entretanto, para Friedman (2006:13), possuir mais informação nesses termos não significa, necessariamente, ser mais bem informado. Para ele, as ideologias, na verdade, *restringem* o acúmulo de informações, na medida em que levam à construção de interpretações sobre o mundo com base apenas em “estereótipos” ou teorias por ela propostos; de modo a que apenas os dados que confirmam suas premissas sejam assimilados, lembrados e correlacionados, independentemente de não terem sido alvo de uma investigação afiada e de serem apenas “totalidades aparentemente lógicas”. Assim, na análise proposta pelo autor, os ideólogos são considerados simples “marionetes” de uma cosmovisão política forjada por um “sintetizador criativo”, também conhecido como “ideologista”: um gênio (do calibre de Marx, Saint-Simon, Herbert Spencer ou Ayn Rand) livre de restrições ideológicas e capaz de sintetizar ideias que passam a compor o que chamamos de “a história das ideias”. Curiosamente, na medida em que nunca foram cooptados por nenhuma ideologia, os ideologistas parecem se aproximar mais da massa ignorante do que dos ideólogos “informados”. Desde essa perspectiva, apesar de a ideologia, de fato, favorecer a assimilação de informações políticas, quanto mais refém de uma ideologia (isto é, quanto mais elitizado), maiores as chances de alguém se ver equipado contra desafios às teorias causais que proporcionaram o acúmulo de informação. É a chamada “resistência” à informação contraditória; um hábito que ignora a possibilidade de que o enfrentamento da informação adversa pode resultar no conhecimento da verdade – não em *uma* percepção da realidade, mas na percepção da realidade em si.

que ostentem essa natureza, salvo em situações excepcionais. Ignorar tal dado da realidade pode induzir ao ceticismo e ser, portanto, contraproducente. Como assevera Bachrach (1973:26), “[...] perder de vista a realidade na teorização política é incitar ao tédio e à indiferença. O teórico deve [...] atentar para o fato de que, ao tentar ‘alcançar o impossível’, ao esforçar-se por transformar a sociedade no que esta poderia ser, deve fazê-lo firmemente arraigado no que é”.⁹⁴

Note-se, contudo, que tal espécie de racional não deve servir de fundamento para nos desmotivar na busca de métodos de aperfeiçoamento da democracia, mas tão-só reger-nos a um senso crítico mais equilibrado. Se, por um lado, a teoria elitista da democracia recebe apoio da maioria dos teóricos da vanguarda por refletir o reconhecimento da atual estrutura de poder, por outro, apresenta-se como um modelo fraco: ao simplesmente aceitar a concentração de poder nas mãos da elite como uma realidade imutável, os teóricos do elitismo democrático cedem à ideologia dominante e, em atitude de conformação, ignoram os imperativos de mudança.

Com efeito, à medida que se despoja a democracia de seus elementos substanciais e normativos, deixa-se de dispor de elementos suficientes para determinar como os sistemas democráticos devem operar. Priva-se, então, a teoria democrática de um de seus objetivos mais fundamentais, qual seja, o de orientar as condutas humanas.

Do quanto exposto, temos que o procedimento deve ser apenas um dos elementos considerados na análise dos feitos transicionais, que devem abarcar também fatores concernentes à participação, pluralismo, consenso e *accountability*. Mas mais que isso: temos que, para fins de determinação de um modelo de transição *verdadeiramente democrático*, precisamos ter em vista uma teoria democrática que conjugue elementos realistas e idealistas, visto que tanto a teoria hegemônica quanto a teoria clássica de democracia se apresentam como alternativas duvidosas.

Diante desse cenário, poderíamos nos apoiar em uma das teorias democráticas contemporâneas centradas na participação do indivíduo. Bachrach, por exemplo, propõe uma teoria fundada na revitalização da participação política, que passe não só pelo estímulo à participação e pela materialização do princípio da igualdade de poder, mas também, e muito

⁹⁴ No original: “[...] perder de vista la realidad en la teorización política es incitar al tédio y la indiferencia. El teórico debe [...] preocuparse de que al intentar ‘alcanzar lo imposible’, al esforzarse por transformar la sociedad en lo que esta podría ser, lo haga firmemente arraigado en lo que es”.

especialmente, pela aceitação de uma compreensão realista de como é constituído atualmente o setor político da sociedade.⁹⁵

Não obstante, vislumbramos uma alternativa ainda mais apropriada na prática de uma democracia deliberativa. Considerando os arquétipos democráticos disponíveis, cremos que a democracia deliberativa se afigura a melhor forma de evitar não apenas o atomismo individual, mas também, e principalmente, o elitismo democrático e a concentração de decisões; legitimando e fortalecendo, assim, a autoridade do novo regime.

Com efeito, Jürgen Habermas é um dos autores que podem ser citados como adeptos desse modelo de democracia. A partir da matriz da comunicação, o filósofo de Düsseldorf combate a ideia da unilateralidade da razão solitária, colocando e prezando em seu lugar o produto da experiência intersubjetiva e dialógica na esfera pública.

É verdade que, para que tal teoria seja colocada em prática, Habermas propõe um procedimento, tal como os teóricos da democracia elitista. Entretanto, no cotejo com estes, pode-se constatar que Habermas não propõe um procedimento para a seleção de alguns (e segregação de outros), mas, ao contrário, de um procedimento para que sejam garantidas as condições para que todos possam participar e tomar posição com argumentos.

Todo aquele que se envolve numa prática de argumentação tem que pressupor pragmaticamente que, em princípio, todos os possíveis afetados poderiam participar, na condição de livres e iguais, de uma busca cooperativa da verdade, na qual a única coerção admitida é a do melhor argumento (Habermas, 2003a:215).

A ideia de autonomia pública, pois, está bastante presente no pensamento do alemão. Entretanto, trata-se de uma autonomia no sentido de uma formação racional da vontade, considerando que a liberdade de todos depende da consideração simétrica da liberdade individual de cada um. Afinal, como aduz Habermas (2003b:155), a ideia de que os

⁹⁵ De acordo com o autor, mesmo partindo da premissa de que a sociedade se encontra estratificada, seria possível uma alteração do quadro político se, dando um passo à frente, considerássemos que as decisões políticas não se restringem àquelas tomadas no âmbito governamental, mas, ao contrário, estendem-se também aos centros privados de poder, quando esses cumprem uma função pública (Bachrach, 1973:158). A explicação para a sugestão de ampliação do espectro político reside em que, dessa forma, lugares próximos ao cidadão comum (como a fábrica, a oficina, a empresa, etc.), além de sede de seus assuntos triviais, tornar-se-iam também palcos para a tomada de decisões políticas. A consequência lógica dessa nova dinâmica, ao que tudo indica, seria a mitigação da indiferença em relação à temática política por parte daqueles que compõem a massa, porque é precisamente nesse ambiente que se revela “a dominação do homem sobre o homem” ou, em outras palavras, da elite sobre a massa. Essa também é a proposta de Pateman (1992:60), que, na tentativa de apresentar uma ideia viável de democracia participativa, desenvolve uma teoria fundada na premissa de que instituições representativas a nível nacional não são suficientes para a democracia, e que, portanto, a democracia requer a existência de uma sociedade participativa em todas as esferas de atuação, como na indústria, por exemplo. Há também aqui, pois, uma nítida ampliação do espectro político, acompanhada da justificativa do benefício humano decorrente do processo participativo.

destinatários do direito são, ao mesmo tempo, os seus autores, não deve ser entendida como um cheque em branco ou “uma carta de alforria voluntarista”, para que possam vir a tomar uma decisão arbitrária, desconsiderando imperativos dos direitos humanos, por exemplo. Segundo o autor, para fazerem uso adequado da autonomia pública, os cidadãos precisam ser suficientemente independentes em sua esfera privada.⁹⁶

Parece ser esse o motivo pelo qual o autor apresenta o modelo deliberativo como resultado da conciliação entre os modelos “republicano” e “liberal”, no ensaio em que discorre sobre três modelos normativos de democracia (Habermas, 2002:269).

Habermas rejeita a noção de que as verdades são determinadas por um único sujeito (ou alguns sujeitos) e, por consequência, a ideia de que os fins coletivos derivariam simplesmente de negociações entre interesses particulares opostos, como propõe o modelo liberal. De semelhante modo, a despeito de reconhecer no modelo republicano a vantagem de se firmar na auto-organização da sociedade por meio de um acordo mútuo pela via comunicativa, Habermas também critica a sua “condução estritamente ética dos discursos políticos” (Habermas, 2002:276):

Por certo, entre os elementos que formam a política são muito importantes os discursos de auto-entendimento mútuo em que os envolvidos procuram obter clareza quanto à maneira como eles mesmos se entendem enquanto integrantes de uma determinada nação, membros de certa municipalidade ou Estado, habitantes de uma região etc. [...] Mas sob as condições de pluralismo cultural e social também é freqüente [sic] haver, por detrás de objetivos politicamente relevantes, interesses e orientações de valor que de forma alguma são constitutivos para a identidade da coletividade em geral, ou seja, para o todo de uma forma de vida partilhada intersubjetivamente. Esses interesses e orientações de valor permanecem em conflito no interior de uma mesma coletividade sem qualquer perspectiva de consenso precisam ser compensados: para isso não bastam discursos éticos [...].

Para alcançar resultados racionais, nos termos aqui abordados, o modelo de síntese (a política deliberativa), por meio da chamada “teoria do discurso”, colhe elementos de ambos os modelos (republicano e liberal), criando uma coesão interna entre negociações, discursos de auto-entendimento e discursos sobre a justiça.

Assim, Habermas propõe uma razão comunicativa por meio do deslocamento da razão prática, de contorno kantiano: “a razão prática descola-se dos direitos universais do homem [concepção liberal] ou da eticidade concreta de uma determinada comunidade [concepção republicana] e restringe-se a regras discursivas e argumentativas [...]” (Habermas, 2002:278). Segundo o autor, isso nos tornaria capazes de conjugar a chamada “liberdade dos antigos”

⁹⁶ Segundo Habermas, a lógica também opera de forma inversa, uma vez que autonomia pública e autonomia privada são tidos como conceitos interdependentes.

com a “liberdade dos modernos”, respeitando, ao mesmo tempo, os direitos de participação política (e o produto dessa participação) e os direitos individuais de cada cidadão.

Parece-nos, de um modo geral, mas especialmente para as situações que envolvem transições políticas (que, como vimos, normalmente se caracterizam pela confluência de forças, opiniões e interesses bastante heterogêneos), que é preciso pautar a importância da interação dos indivíduos em uma esfera pública aberta, que acolha diversidade e divergência, onde se possa discutir, deliberar e equilibrar as opiniões sobre as vantagens e desvantagens das concessões realizadas no interlúdio da democratização. Mais do que uma participação que simplesmente produza decisões acerca dessas questões (por exemplo, como reformar as instituições políticas, como lidar com as vítimas, o que fazer com os agentes criminosos, etc.), o ajuste da legitimidade política nos governos que substituíram regimes não democráticos requer a participação *racional* de todos os afetados por tais decisões.

Portanto, a democratização deve ser encarada como uma ocasião para a deliberação argumentativa, não como mera interação estratégica entre “atores políticos relevantes”, como sugerem os estudiosos que abraçam a teoria elitista. Em função disso, cremos que a noção de pactos políticos, enquanto informada pela teoria hegemônica de democracia, deve ser sopesada com o influxo de medidas que promovam a participação popular e o debate racional de ideias – se não no momento próprio das transições, ao menos posteriormente, para fins de consolidação da democracia.

2.2 Crítica ao Modelo de Justiça de Transição das Primeira e Terceira Fases

2.2.1 A Relação entre Direito e Moral na Justiça de Transição

“— O grupo está promovendo comissões da verdade que poderiam se tornar substitutas da justiça?”, questiona a entrevistadora Linda Richardson.

O Sr. Van Zyl se inclina para frente e responde com um enfático “Não”. Em seguida, arremata:

“— Sempre dizemos que comissões da verdade e perseguições penais devem caminhar lado a lado, e que deve haver uma hierarquia entre eles.”

Em entrevista ao jornal *The New York Times* (“*Helping Countries, and People, to Heal*”), o ativista Paul Van Zyl nos transmitiu, em poucas palavras, a essência da abordagem contemporânea da justiça de transição, que enxerga nos julgamentos o seu mecanismo mais importante. Com efeito, embora subsistam reminiscências do racional projetado pela segunda fase do fenômeno, contra as quais direcionamos nossas críticas na seção anterior, parece acertado dizer que a abordagem em curso na terceira fase da genealogia, resgatada da primeira (v. *supra*), é a que tem prevalecido na maioria dos círculos acadêmicos que enfrentam o tema.

Como observamos na primeira parte do presente trabalho, ao invés de se concentrar na comunidade política local e na reconciliação nacional, como ocorrera no período da segunda onda, a justiça de transição na primeira fase se dedicou à punição das agressões cometidas durante os períodos de transição, assumindo, pois, um viés marcadamente retributivo. Neste sentido, ao contrário das transições negociadas, que albergam as causas dos problemas por elas gerados no plano interno de seus países de origem, as questões levantadas sobre a justiça de transição em sua primeira e terceira fases ultrapassam, e muito, as diversas fronteiras nacionais. Ocorre que, como tentaremos demonstrar, **assim como a ênfase na realização de pactos políticos pode se mostrar prejudicial à transição política, também o foco excessivo em um modelo retributivo, que se verifica nos dias de hoje, parece carecer de alguma correção.**

É verdade que os discursos em prol da punição por violações de direitos cometidos no passado podem assumir um cariz preventivo ou retributivo. Por exemplo, em seu livro “*Radical Evil on Trial*”, Santiago Nino (1996:146) defende que a punição pode ser justificada em termos preventivos, mas não retributivos. Sob esse ângulo, seria necessário distinguir o legalismo *como ideologia* do legalismo *como política social*, pois apenas enquanto política social o legalismo poderia encarar o direito como um fenômeno eminentemente político, e eventos como o julgamento de Nuremberg poderiam ser celebrados.⁹⁷

Entretanto, de um modo geral, quando esses aspectos não se confundem, a demanda por punição tende a apontar para uma agenda retributiva.

Com efeito, em consonância com o pensamento difundido por Hannah Arendt, Nino (1996:141) reconhece a dificuldade para a punição retributiva (e até para o perdão) por males

⁹⁷ Neste sentido, segundo o autor, tribunais de direitos humanos poderiam ser considerados benéficos por destacarem o objetivo e a natureza das atrocidades; porque, graças a maneira como são conduzidos, favorecem o Estado de direito; por mitigarem o impulso da autotutela; por permitirem que as vítimas recuperem seu auto-respeito, enquanto detentores de direitos; e por promoverem a deliberação pública de uma forma singular. Por outro lado, também adverte que os tribunais podem contribuir com o aumento no grau de hostilidade, provocar mais violações de direitos humanos e, assim, impor sérios riscos à estabilidade dos sistemas democráticos.

extremos. Os problemas de interação entre agressores e ofendidos, de avaliar o caráter dos agressores, e, mais especialmente, de estabelecer uma punição proporcional ao mal cometido, sem ofender princípios inerentes à ideia de Estado de direito, constituiriam graves empecilhos ao julgamento de crimes dessa natureza.

Com efeito, pode-se dizer que a rixa entre os modelos perfilhados nas diferentes fases da justiça de transição se resume, em suma, a uma disputa sobre meios e fins: defensores da justiça retributiva perfilham o uso de meios não liberais (violação de determinados direitos individuais) para fins liberais (punição de violações de direitos humanos, democracia, Estado de direito, etc.), enquanto os adeptos da justiça reconciliatória defendem que fins liberais só podem ser alcançados mediante meios liberais (Posner e Vermeule, 2003:24).

Neste sentido, parece mais ou menos claro que o combustível a animar a divergência entre os modelos reconciliatório e retributivo tem origem em uma suposta tensão entre o princípio da justiça substantiva (o suposto “dever de punir”, corolário da Moral) e o princípio da irretroatividade da lei penal,⁹⁸ ou, nos casos em que houve concessão de anistias, entre o princípio da justiça substantiva e o princípio da segurança jurídica (de modo mais específico, o princípio da proteção à confiança legítima).⁹⁹

Em ambos os cenários, o que se deve esclarecer é se o novo regime possui ou não a obrigação moral de punir os transgressores do regime anterior, independentemente da ausência de previsão dos tipos penais à época dos fatos ou da concessão de anistias. Dito de outro modo, a dúvida reside em se, ante uma eventual contradição entre o direito posto e um critério de justiça eleito, a injustiça do direito pode ser considerada um dado relevante contra o favorecimento dos princípios da irretroatividade e da segurança jurídica. O dilema em questão foi simplificado nos seguintes termos por Gustav Radbruch:

[...] os três valores da lei – utilidade pública, segurança jurídica e justiça – não estão sempre harmoniosamente unidos em leis, e o único recurso, então, é pesar se a validade deve ser concedida a leis más, nocivas ou injustas, por razões de

⁹⁸ Embora de origem mais remota, o princípio da irretroatividade foi previsto pela primeira vez na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, como consequência das ideias iluministas propagadas pela Revolução Francesa. Enquanto consectário lógico do princípio da reserva legal, consagrado por meio da fórmula latina “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, o princípio da irretroatividade consiste em uma efetiva limitação ao poder punitivo do Estado: desde o momento em que entra em vigor até o momento em que cessa a sua vigência, a lei rege todos os atos abrangidos pela sua destinação, mas não alcança os fatos ocorridos antes ou depois desses dois limites extremos; não retroage e nem tem ultra-atividade (Bitencourt, 2011:49).

⁹⁹ O princípio da proteção à confiança legítima vem sendo distinguido do princípio da segurança jurídica, em função de sua natureza eminentemente subjetiva, voltada ao amparo das pessoas, relativamente à conduta estatal. Embora ambos os princípios logrem representar elementos conservadores, enquanto a segurança jurídica tem por objetivo a estabilidade das relações jurídicas e a realização do direito, o princípio da proteção à confiança se volta às expectativas geradas no cidadão, em razão de determinado comportamento estatal.

segurança jurídica, ou se a validade deve ser retida por causa de sua injustiça ou nocividade social (2006:14).¹⁰⁰

À primeira vista, poder-se-ia pensar que o embate entre os modelos de justiça de transição vem retomar a antiga disputa travada entre moralistas e positivistas, reproduzida, respectivamente, nas teses da identidade e da separação, sobre o conceito de direito e a validade das normas jurídicas.

Com efeito, a tese da identidade, defendida pela maioria das doutrinas de direito natural, postula a unidade havida entre o ordenamento jurídico e o sistema moral. Com o objetivo de lutar contra o autoritarismo do Estado, a filosofia jusnaturalista desenvolveu a noção de que existem direitos inerentes à natureza do homem; direitos esses que, enquanto “naturais” (ou “morais”), seriam invioláveis por parte do poder público, inalienáveis (relativamente aos seus próprios titulares) e imprescritíveis.

Em sentido contrário, a doutrina da total separação se identifica com as teorias positivistas que defendem um insulamento do direito em relação à moral, e tem como seus principais expoentes Kant, Thomasius, Fichte e, mais recentemente, Kelsen, para quem as normas jurídicas podem ter qualquer conteúdo. Segundo a tese em questão, não existe uma conexão necessária entre aquilo que o direito é e o que deveria ser consoante critérios de justiça. Neste sentido, não seria necessário que as normas jurídicas ou o sistema jurídico como um todo observassem parâmetros morais para serem considerados válidos; seria possível considerar que algo faz parte do direito, mesmo quando injusto. Conforme dispõe Alexy (2011a:4): “ao conceito positivista de direito restam apenas dois elementos de definição: o da legalidade conforme o ordenamento ou dotada de autoridade e o da eficácia social. [...] Uma correção quanto ao conteúdo, seja de que natureza for, não tem nenhuma importância”.

Apesar das inegáveis semelhanças entre as normas morais e jurídicas,¹⁰¹ os estudiosos que abraçam a tese da separação acreditam que existem certas características que o direito e a moral não podem partilhar. De acordo com Radbruch (2010:56), a distinção entre direito e moral costuma ser feita com base nas características de “exterioridade do direito” e

¹⁰⁰ No original: “[...] *the three values of the law – public benefit, legal certainty, and justice – are not always united harmoniously in laws, and the only recourse, then, is to weigh whether validity is to be granted even to bad, harmful, or unjust laws for the sake of legal certainty, or whether validity is to be withheld because of their injustice or social harmfulness*”.

¹⁰¹ De acordo com H. L. A. Hart (2012:223), as referidas normas são parecidas nos seguintes aspectos: (i) ambas incluem exigências que devem ser cumpridas por todos os seres humanos para que a sua convivência seja possível; (ii) ambas são destinadas a reger comportamentos recorrentes durante toda a vida; (iii) ambas são consideradas vinculantes independentemente do consentimento do indivíduo a elas submetido; (iv) sua obediência repousa em forte pressão social; (v) sua observância não é considerada merecedora de elogio, mas, antes, uma contribuição natural para a vida social.

“interioridade da moral”. Segundo o autor, da referida antítese é possível extrairmos as seguintes significações: primeiramente, a oposição imputa à conduta externa a regulamentação jurídica, e à interna, a moral: “*cogitationis poenam nemo patitur*”; em seguida, indica os sujeitos-fim de cada um deles: na ação jurídica há sempre um direcionamento para os outros ou para a totalidade dos outros, enquanto, na ação moral, “quando se fala em deveres é perante o Deus dentro do próprio peito, perante a própria consciência, perante a humanidade dentro da própria pessoa, perante o melhor de si mesmo”; em terceiro lugar, o confronto diferencia a maneira como cada uma das obrigações é considerada cumprida: a observância da obrigação moral exige uma mentalidade adequada à norma (“moralidade”), ao passo que a observância da obrigação jurídica exige uma conduta adequada ao preceito (“legalidade”); por fim, a dicotomia revela o contraste de suas fontes de validade: o direito submete o indivíduo a uma vontade estranha (“heteronomia”), enquanto as leis morais são impostas a cada pessoa por meio de sua própria “personalidade moral” (“autonomia”).

Um dos autores que parecem estar em linha com o racional detrás dessa separação estrita é H. L. A. Hart, que, apesar de reconhecer que o desenvolvimento do direito tem sido influenciado pela moral, discorda do entendimento segundo o qual um sistema jurídico deve necessariamente apresentar alguma conformidade com a moral ou a justiça, ou basear-se em alguma crença amplamente difundida de que existe a obrigação moral de obedecer à lei. Neste sentido, para ele “[...], embora essa afirmação possa ser verdadeira em certo sentido, isso não significa que os critérios de validade jurídica das leis específicas usadas num sistema jurídico devam necessariamente incluir, expressa ou mesmo tacitamente, uma referência à moral ou à justiça” (2012:239). Com efeito, sua inclinação fica ainda mais clara quando afirma que o objetivo dos teóricos do positivismo é promover a honestidade no enfrentamento de problemas teóricos envolvendo a aplicação de direito injusto: “Um conceito de direito que permita diferenciar a invalidade do direito de sua imoralidade nos faculta ver a complexidade e a variedade desses problemas distintos, enquanto um conceito restrito de direito, que nega validade jurídica às normas iníquas, pode nos tornar cegos para eles”. Na sequência, conclui: “Se for necessário transgredir esse princípio [*nulla poena sine lege*] para evitar um mal maior que o mal de sacrificá-lo, é essencial que os problemas em pauta sejam claramente identificados” (2012:273, grifo do autor).¹⁰²

¹⁰² Esta parece ser a mesma preocupação a envolver Robert Alexy (2000:228), embora perfilhando tese diametralmente oposta: “E é que, ainda que a indeterminação e a falta de clareza possam favorecer ocasionalmente o consenso, o certo é que não fazem justiça à seriedade de um verdadeiro debate público sobre o

Não obstante, o entendimento predominante na atualidade é no sentido de que nenhuma das concepções acima referidas (conexão e separação) considera de forma adequada a estrutura relacional existente entre direito e moral.

O redirecionamento do tema começou com a revelação das barbáries perpetradas pelo regime nazista, que veio a dar origem a um movimento universal voltado à proteção da dignidade humana.¹⁰³ Em nível internacional, a tal “virada” pôde ser conferida em enunciado da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pelas Nações Unidas em 1948 (“Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”); e na dramática alteração na doutrina da soberania estatal, que, tornando obsoleta a ideia “*the king can do no wrong*” (“o rei não pode fazer mal”), viabilizou a estruturação do atual Direito Internacional dos Direitos Humanos (Piovesan, 2011:71).

Com a Declaração de 1948, tem início uma terceira e última fase, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. [...] A Declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais (Bobbio, 2004:29).

correto, o qual não é só atrativo por si mesmo, mas que também constitui pressuposto da estabilidade política duradoura”. No original: “*Y es que, aunque la indeterminación y la falta de claridad pueden favorecer ocasionalmente el consenso, lo cierto es que no hacen justicia a la gravedad de un verdadero debate público sobre lo correcto, el cual no solo es atractivo por sí mismo, sino que también constituye un presupuesto de la estabilidad política duradera*”.

¹⁰³ Trata-se de um fundamento emprestado da filosofia kantiana. De acordo com Kant, a dignidade do Homem reside em sua capacidade de agir com autonomia, ou seja, em sua capacidade de agir completamente livre de inclinações: “A razão legisladora universal relaciona pois cada máxima da vontade concebida como legisladora universal com todas as outras vontades e com todas as acções [sic] para conosco [sic] mesmos, e isto não em virtude de qualquer outro móbil prático ou de qualquer vantagem futura, mas em virtude da ideia da *dignidade* de um ser racional que não obedece a outra lei senão àquela que ele mesmo simultaneamente dá. No reino dos fins tudo tem um **preço** ou uma **dignidade**. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade” (Kant, 2007:77, grifo do autor). O resultado a que esse racional conduz – a saber, a identificação do ser humano como um fim em si mesmo – foi determinante para a compreensão da dignidade humana como parâmetro normativo fundamental.

Já em nível doméstico, como evidenciam as inúmeras Constituições promulgadas a partir de meados do século XX,¹⁰⁴ o marco histórico do precedente se fez notar no avanço profícuo e duradouro do movimento conhecido como “neoconstitucionalismo”; uma releitura do direito constitucional, que, tendo como base o princípio da dignidade da pessoa humana, promoveu, entre outras coisas, o reconhecimento de força normativa às Constituições, a expansão da jurisdição constitucional e o surgimento de um novo método interpretativo: a ponderação de interesses (Barroso, 2012b:31).

Até a Segunda Guerra Mundial, prevalecia no velho continente uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, que tratava a lei editada pelo parlamento como a fonte principal – quase como a fonte exclusiva – do Direito, e não atribuía força normativa às constituições. [...] Depois da Segunda Guerra, na Alemanha e na Itália, e algumas décadas mais tarde, após o fim de ditaduras de direita, na Espanha e em Portugal, assistiu-se a uma mudança significativa deste quadro. A percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, como ocorrera no nazismo alemão, levou as novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador (Sarmiento, 2010:237).

De acordo com a novel compreensão, conhecida como “tese da conexão” (ou “da vinculação”), “a moral e o direito são, sob muitas perspectivas, realidades distintas, mas não desligadas entre si” (Kaufmann, 2004:318).¹⁰⁵ Neste sentido, para a referida doutrina, não possui fundamento a pretensão separatista segundo a qual fatores psíquicos e anímicos seriam indiferentes para o direito. A ela parece suficientemente claro que elementos como boa-fé, dolo e conhecimento possuem uma grande importância para o direito. Tampouco procederia a ideia de que o direito se conformaria com a mera legalidade, ou de que o dever jurídico seria estritamente heterônomo. Segundo a tese em apreço, ordem e coerção só adquiririam obrigatoriedade quando amparadas por um “valor”, e a chamada “norma fundamental do direito”, enquanto tal, só poderia ser ancorada em uma norma de direito natural, uma categoria eminentemente moral.

Segundo a tese da conexão, o direito se comunica com apenas uma parte integrante da moral: a justiça.

¹⁰⁴ A Lei Fundamental de Bonn de 1949, por exemplo, proclama que “A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais”; enquanto a Constituição brasileira de 1988 prevê em seu artigo 1º, III, que a dignidade da pessoa humana consiste em um dos fundamentos da República.

¹⁰⁵ Tal como na tese da separação, aqui também são possíveis variadas compreensões sobre a relação em questão, entre as quais se destacam: o moralismo da validade (segundo o qual os parâmetros de justiça possuem o condão de definir a validade da norma); e o moralismo da interpretação (para quem os critérios morais devem nortear o processo de aplicação do direito, de modo a favorecer a adaptação da norma jurídica aos ideais de justiça).

São inúmeros os estudos sobre o tema. E não poderia ser diferente; afinal, estamos diante de uma das questões mais vitais da humanidade desde há muitos séculos. Com efeito, a justiça emerge na filosofia e na teologia como a segunda das quatro virtudes cardinais: prudência, justiça, coragem e temperança.

Tradicionalmente, especialmente no positivismo, o termo foi reduzido à ideia de equilíbrio, proporção ou igualdade, traduzida na premissa de que “casos iguais devem ser tratados de forma igual, e casos diferentes, de forma diferente” – que, aliás, muito se aproxima à ideia de democracia. Entendia-se que apenas esse princípio formal seria cientificamente seguro, uma vez que, de acordo com aquela doutrina, os conteúdos da justiça pertenceriam à política. E, de fato, para atribuímos substrato à assertiva, seria preciso determinar quando os casos devem ser considerados iguais e quais as diferenças relevantes, uma identificação que nem sempre é fácil: é intuitiva a injustiça que emana da discriminação racial, por exemplo, mas não tão óbvia assim a justiça das políticas de quotas.

Esse quadro só veio a ser consideravelmente alterado com Radbruch, que passou a dispor sobre o conteúdo da justiça propriamente dito. Por meio de uma filosofia vista por muitos como revolucionária, Radbruch introduziu a noção das “três faces da ideia de direito”. De acordo com ela, o direito (ou “justiça em sentido amplo”) poderia ser decomposto em três vertentes: a igualdade (justiça em sentido estrito), a adequação (justiça social ou do bem comum) e a segurança jurídica (paz jurídica). Na igualdade restaria satisfeita a forma da justiça, na adequação, o conteúdo da justiça, e, na segurança jurídica, a função da justiça (Kaufmann, 2004:227).

A mudança só não foi mais significativa porque o autor, neokantiano, fora também adepto do relativismo jurídico filosófico: “acerca das diferentes vertentes e dimensões da ideia de Direito [...] e das suas relações recíprocas não há, segundo *Radbruch*, *conhecimentos* mas apenas *convicções*” (Kaufmann, 2004:226, grifo do autor).^{106 107}

¹⁰⁶ Há sempre que se considerar que, desde um ponto de vista relativista, característico da pós-modernidade, os critérios que estabelecem o conteúdo da justiça normalmente variam conforme a moral adotada em um determinado tempo, por um indivíduo ou por uma sociedade. Em sendo tarefa das mais difíceis compatibilizar o pensamento fragmentado com os absolutos do racionalismo preponderante ao longo da era moderna, já não são muitos os que sustentam a existência, se não de uma moral absoluta, de um padrão moral que serviria de baliza para a avaliação das demais. Não por acaso, vem ganhado espaço a classificação da moral em “tradicional” e “crítica”, esta última entendida como a moral “esclarecida”, perfilhada por indivíduos detentores de um horizonte moral que transcende a moral comumente aceita. A ideia de uma moral absoluta, atualmente tratada como “moral tradicional”, foi largamente difundida pelo cristianismo: “[...] apesar de haver diferenças entre as idéias [sic] morais de certa época ou país e as de outros tempos e lugares, essas diferenças, na realidade, não são muito grandes [...], e, assim, podemos reconhecer a mesma lei dentro de todas elas; [...] No momento em que você diz que um conjunto de idéias [sic] morais é superior a outro, está, na verdade, medindo-os ambos segundo um padrão e afirmando que um deles é mais conforme a esse padrão que o outro. O padrão que os mede, no entanto difere de ambos. [...] Concluo, portanto, que, apesar de as diferenças de idéias [sic] a respeito da Boa

Encontramos a ideia de direito na justiça e determinamos a sua essência, a da justiça retributiva, como igualdade, como tratamento igual de homens e de relações iguais, e correspondente tratamento desigual dos desiguais. Todavia, pudemos orientar o conceito de direito pela justiça, mas sem alcançar a ideia diretriz exaustiva para a derivação do conteúdo do direito. [...] Ao lado da justiça surge como segundo elemento da ideia do direito a utilidade ou adequação a um fim. Contudo, o problema do fim e da adequação a um fim não se resolve de modo inequívoco, mas apenas relativista, pelo desenvolvimento sistemático das diferentes concepções do direito e do Estado, das diferentes concepções de partidos políticos. Sem dúvida, esse relativismo não pode permanecer como a última palavra da filosofia do direito. O direito enquanto ordenação da vida comum não pode ficar abandonado às diferenças de opiniões dos indivíduos, pois é necessário haver uma ordem acima de tudo e todos.

Com isso, apresenta-se uma terceira exigência do direito, com as mesmas aptidões que as anteriores, um terceiro elemento da ideia do direito: a segurança jurídica. Esta exige positividade do direito: se não se pode identificar o que é justo, então é necessário estabelecer o que deve ser jurídico, e de uma posição que esteja em condições de fazer cumprir aquilo que foi estabelecido. A positividade do direito torna-se assim, de modo muito estranho, o próprio pressuposto de sua justiça: tanto o ser positivo é parte do conceito do direito justo quanto o ser justo em seus conteúdos é tarefa do direito positivo (Radbruch, 2010:107).

Note-se, por oportuno, que as mudanças ocorridas não implicaram completa superação do paradigma anterior: a segurança jurídica, tão cara aos positivistas, continua aparecendo ao lado da justiça. Neste sentido, ainda hoje, especialmente em países com histórico semelhante ao Brasil (de “*Civil Law*”), o princípio da legalidade, juntamente com os seus colorários (princípios da irretroatividade da lei penal e da segurança jurídica), continua exercendo profunda influência sobre a forma como pensamos e conceituamos o direito.

Em se tratando de uma visão que considera a existência de uma conexão entre direito e moral, é possível nos depararmos com contradições, verificáveis quando a moral permite algo que o direito proíbe, ou quando a moral proíbe algo que o direito permite. Eis o contexto específico em que se desenrola o dilema da justiça de transição, no momento em que se defronta com as opções dos modelos retributivo (favorável ao ideal de justiça) e reconciliatório (mais inclinado à necessidade de segurança jurídica).

Conduta nos levarem a suspeitar de que não existe uma verdadeira Lei de Conduta natural, as coisas que estamos naturalmente propensos a pensar provam justamente o contrário” (C. S. Lewis, 2012:18).

¹⁰⁷ Deve-se ressaltar que, apesar de sua preponderância nos círculos acadêmicos, a tese da conexão não passa sem algumas críticas. Além da dificuldade em apontar um critério para a definição do que é justo, destacam-se também a possibilidade de manipulação do direito para atender a interesses particulares, com aparência de conteúdo moral, e a dilatação da margem de arbítrio. Neste sentido, importa lembrar que um dos Estados a abolir o princípio da legalidade, em nome de questões ditas “morais” à época, foi justamente o Estado nazista de Hitler (Swensson Junior, 2010:50). É enganoso pensar que a teoria jurídica a fundamentar o regime nacional-socialista era a kelseniana. Na verdade, foram as teorias antipositivas de Carl Schmitt e Otto Koellreutter que contribuíram para o fortalecimento do *Reich*, pregando a ilegalidade e a reinterpretção do direito, em favor de valores “morais” do povo alemão.

Veja, ditas contradições jamais poderiam ocorrer segundo as teses da identidade ou da separação: se concebêssemos direito e moral como idênticos, consideraríamos as eventuais antinomias contradições meramente aparentes, solucionáveis por intermédio da devida interpretação; se, de outro modo, considerássemos que direito e moral constituem sistemas totalmente separados, eventuais contradições até poderiam ser apontadas, mas certamente nenhuma delas poderia atingir o direito ou a moral, em razão da ausência de comunicação entre eles (Kaufmann, 2004:315).

Diante da roupagem atual, fica a pergunta: o que fazer em face de uma dessas eventuais contradições? Será que países que preferem o princípio da justiça, em detrimento dos princípios da legalidade e da segurança jurídica, andam melhor que os demais, como defendem os adeptos do modelo retributivo de justiça de transição? Ou será que o desprezo pelos referidos princípios, que foram resultado de tantos anos de luta, implicaria um retrocesso jurídico?

Como se pode naturalmente concluir à luz do conceito de direito formulado por Radbruch, as perguntas em questão poderiam ser respondidas de três formas distintas.

A primeira delas poderia ser proposta com base na preferência pelo respeito a princípios legais básicos, como o da irretroatividade da lei penal e o da segurança jurídica. Com efeito, um caso emblemático em que se verificou a prevalência deste racional ocorreu na Hungria, quando sua Corte Constitucional considerou inválidas leis que autorizavam a perseguição criminal por atos de resistência às revoltas populares de 1956, que deram início à Revolução Húngara.

A Corte descreveu o dilema nos seguintes termos: Estado de direito como previsibilidade versus Estado de direito como justiça substantiva. Após a análise da antinomia, concluiu que o direito requer segurança jurídica, mesmo que tal escolha implique impunidade: “Do princípio da previsibilidade, a proibição do direito penal do uso de legislação retroativa, especialmente *ex post facto*... segue-se diretamente que... Apenas seguindo o procedimento legal formalizado pode haver direito válido” (Teitel, 2002:16).¹⁰⁸ Note-se que, nesse cenário, a segurança jurídica não é percebida como algo que se contrapõe à justiça, mas precisamente como algo que a integra, ou seja, é ela considerada a própria justiça. A associação evoca a ideia de *Rule of Law* (ou *Rechtsstaat*) como Estado de direito formal (“Estado Legislativo de Direito”).

¹⁰⁸ No original: “From the principle of predictability and foreseeability, the criminal’s law prohibition of the use of retroactive legislation, especially *ex post facto*... directly follows... Only by following the formalized legal procedure can there be valid law”.

Com efeito, em se tratando de um conceito “essencialmente contestado”, a palavra “Estado de direito” pode vir a assumir uma série de contornos, variáveis conforme o uso que se lhe quiser atribuir (Waldron, 2002:10). Assim, no sentido antigo aqui esposado, típico de um modelo de Estado que visava o monopólio da produção jurídica (Ferrajoli, 2003:13), o termo designa qualquer ordenamento jurídico em que os poderes públicos são outorgados pela lei e exercidos conforme os procedimentos legalmente estabelecidos. À luz de tal modelo, todos os ordenamentos jurídicos modernos, inclusive os mais antiliberais, poderiam ser considerados Estados de direito, na medida em que os poderes públicos nele previstos possuem fonte legal.

Ainda hoje, autores do calibre de Joseph Raz entendem que, em um sentido amplo, Estado de direito significa apenas que as pessoas devem obedecer às leis e serem reguladas por ela; e, em um sentido estrito, que o governo deve ser regulado pelas leis e sujeito a elas (2002:212). De acordo com o filósofo israelense (2002:214), dessa ideia básica de Estado de Direito seria possível extrair, entre outros, os princípios segundo os quais: todas as leis devem ser prospectivas, públicas e claras; as leis devem ser relativamente estáveis; o processo legislativo deve ser guiado por regras públicas, estáveis, claras e gerais; a independência do Poder Judiciário deve ser garantida; a justiça natural deve ser observada; os tribunais devem rever as ações dos demais poderes, para garantir a sua conformidade com o Estado de Direito; os tribunais devem ser acessíveis; e a liberdade de ação das agências de prevenção de crimes não pode subverter o direito.

A segunda resposta, por seu turno, poderia ser proposta com primazia no princípio oposto. Com efeito, em famoso comentário, a antiga dissidente da Alemanha Oriental, Bärbel Bohley, externou sua frustração com estratégia similar à anterior, utilizada pelos tribunais alemães após 1990: “esperávamos justiça, mas, ao invés disso, ganhamos Estado de direito” (Elster, 2003a:26). Para os que andam com a ativista alemã seria perfeitamente aceitável, portanto, a violação dos princípios da irretroatividade da lei penal e da segurança jurídica, em benefício da justiça substantiva.

Na verdade, Bohley se referiu não a qualquer Estado de direito, mas especificamente a um Estado de direito formal, em lugar de um Estado de direito substancial (“Estado Constitucional de Direito”). Com efeito, nesse último sentido, derivado do novo modelo normativo pós-1945, a palavra passou a abarcar ordenamentos em que os Poderes, inclusive o Poder Legislativo, além de estarem vinculados às formas legais, também estão subordinados a normas substanciais estabelecidas na Constituição (por exemplo, os direitos fundamentais e a

divisão de poderes).¹⁰⁹ É exatamente esse o sentido atribuído ao preceito por Frederick Hayek (apud Raz, 2002:210), para quem o Estado de direito, além de restringir a ação do governo por meio das leis, também engloba a previsão de direitos liberais, que garantem a propriedade privada e a economia de mercado.

A posição, utilizada pela primeira vez no Tribunal de Nuremberg, teve inspiração em uma das proposições de Radbruch, para quem, nos casos em que se verifica uma contradição entre o direito e a moral, esta última deve exercer uma função crítica em relação ao direito.

Como sabido, a condenação criminal dos indivíduos que colaboraram com o nazismo encontrou o seu fundamento último na violação de costumes internacionais.¹¹⁰ Apesar da polêmica em torno de uma suposta afronta ao princípio da anterioridade da lei penal,¹¹¹ o Tribunal decidiu que “o Direito da guerra deve ser encontrado não apenas nos tratados, mas nos costumes e na prática dos Estados”, e que “[...] em muitos casos os tratados nada mais fazem do que expressar e definir com maior precisão os princípios de direito já existentes” (Piovesan, 2011:68).

Ao fazer menção à existência de princípios de direito anteriores e ao tratar o costume internacional com precedência sobre o direito nacional, o Tribunal admitiu, de forma contundente, a existência de um direito natural e sua primazia sobre o direito positivo, em perfeito alinhamento com o pensamento esposado por Radbruch (2006:14):

Existem princípios de direito, portanto, que são mais pesados do que qualquer promulgação legal, para que uma lei em conflito com eles seja desprovida de validade. Estes princípios são conhecidos como lei natural ou a lei da razão. Para ter certeza, seus detalhes continuam sujeitos a questionamento, mas o trabalho de séculos de fato estabeleceu um núcleo sólido deles, e eles começaram a desfrutar de tão grande consenso nas chamadas declarações de direitos humanos e de direitos

¹⁰⁹ O leitor pode estar se questionando sobre a diferença que a presença de normas constitucionais exerce na formulação do conceito de Estado de Direito substancial, comparativamente à presença de normas meramente legais. Embora a Constituição também possa ser alvo de modificações (por meio de emenda ou mutação constitucional) ou ser completamente superada com o advento de uma nova Constituição, o fato de possuir maior hierarquia no ordenamento jurídico, permite-lhe conferir maior estabilidade à ordem jurídica: “[...] a Constituição instala uma diferença entre os princípios para a produção de decisões políticas e as próprias decisões políticas. Para a modificação desses princípios são colocadas exigências muito maiores do que para as decisões. Em geral, elas exigem um consenso mais amplo e, freqüentemente [sic], passam por um processo mais moroso” (Grimm, 2006:10).

¹¹⁰ Nos termos do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, o costume internacional constitui fonte de direito internacional e pode ser extraído: (i) do consenso de um número razoável de Estados a respeito de uma determinada prática; (ii) da continuidade de tal prática por um período de tempo significativo; e (iii) da concepção de que tal prática é requerida pela ordem internacional (Piovesan, 2011:68).

¹¹¹ De acordo com Piovesan, a tal crítica se somam outras, como as relativas ao alto grau de politicidade do tribunal, ao fato de se tratar de um tribunal de exceção e às sanções por ele impostas (2011:69).

fundamentais que apenas o dogmático cético poderia ainda ter dúvidas sobre alguns deles.¹¹²

Ligeiramente elasticado, o racional que o jurista alemão construiu acerca da relação entre direito e moral redundou na máxima “o direito extremamente injusto não é direito”. Segundo a “Fórmula de Radbruch”, como restou conhecida a síntese do autor, concebida após doze anos de contato com o nacional-socialismo, o direito positivo perde a sua validade quando a contradição da lei positiva com a justiça alcança um patamar tão elevado que a lei, enquanto direito injusto, deve se curvar ante a justiça.

A Fórmula de Radbruch é expressão de um conceito não positivista do direito. Segundo esse conceito, o que seja o direito vem determinado não só pela positividade válida e formalmente estabelecida e pela eficácia social, mas também pelo seu conteúdo [de justiça material]. [...] Assim, por razões de segurança jurídica, o direito positivado e eficaz não deixa de ser direito ainda que tenha conteúdos desproporcionais ou injustos. A Fórmula introduz unicamente um limite excepcional no [conceito de] direito. Segundo Ela, o direito possível só perde sua validade quando, como disse Radbruch, “a contradição da lei positiva com a justiça alcança uma medida de tal modo insuportável, que a lei, enquanto ‘direito injusto’ (‘unrichtiges Recht’), tem que ceder ante a justiça” (Alexy, 2000:204).¹¹³

É impossível traçar uma linha mais nítida entre os casos da injustiça legal e as leis válidas apesar de seu conteúdo injusto; mas pode estabelecer-se outra linha divisória com total precisão: onde nem sequer se pretende a justiça, onde a igualdade, que constitui o núcleo da justiça, é negada conscientemente no estabelecimento do Direito positivo, aí a lei não é só “Direito injusto”, mas também carece totalmente de natureza jurídica (Radbruch apud Alexy, 2004:228).¹¹⁴

A Fórmula consta de duas partes. Na primeira, chamada de “fórmula da intolerância”, estabelece-se que as leis positivas perdem a sua validade jurídica quando a contradição com o

¹¹² No original: “*There are principles of law, therefore, that are weightier than any legal enactment, so that a law in conflict with them is devoid of validity. These principles are known as natural law or the law of reason. To be sure, their details remain open to question, but the work of centuries has in fact established a solid core of them, and they have come to enjoy such far-reaching consensus in the so-called declarations of human and civil rights that only the dogmatic sceptic could still entertain doubts about some of them*”.

¹¹³ No original: “*La Fórmula de Radbruch es expresión de um concepto no positivista del derecho. Según este concepto, lo que sea el derecho viene determinado no solo por la positividad válida y formalmente establecida y por la eficacia social, sino también por su contenido [de justicia material]. [...] Así, por razones de seguridad jurídica, el derecho positivizado y eficaz no deja de ser derecho aunque tenga contenidos desproporcionados o injustos. La Fórmula introduce únicamente un limite excepcional em el [concepto de] derecho. Según Ella, el derecho posible solo pierde su validez cuando, como dice Radbruch, ‘la contradicción de la ley positiva com la justicia alcanza una medida de tal modo insoportable, que la ley, em tanto que ‘derecho injusto’ (‘unrichtiges Recht’), ha de ceder ante la justicia*”.

¹¹⁴ No original: “*Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse outra línea divisória con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es sólo ‘Derecho injusto’, sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica*”.

elemento justiça alcança uma “medida insuportável”. Na segunda, denominada “a fórmula da negação”, deixa-se de conferir natureza jurídica às leis positivas quando em seu estabelecimento “é negada conscientemente” a igualdade. No primeiro caso, a fórmula possui um caráter objetivo, na medida em que simplesmente aplica a medida de justiça; ao passo que, no segundo, assume um viés subjetivo, vez que tem por fito investigar as intenções do legislador (Alexy, 2004:228).

Como se pode intuir, uma vez extraída da tese da conexão, a Fórmula de Radbruch não exige uma coincidência total entre direito e moral. Veja bem: ela autoriza que o direito promulgado também seja válido quando é injusto... *desde que* a sua injustiça não ultrapasse um limite extremo. Dessa maneira, as normas promulgadas apenas perdem o seu contorno jurídico e, portanto, a sua validade, se e quando rompido o liame com a extrema injustiça.

A terceira e última resposta possível, a mais comum, alberga um pouco das duas anteriores. Com efeito, em lugar de prestigiar um princípio que descarte a justiça substantiva (em direção mais favorável à justiça reconciliatória) ou que despreze a segurança jurídica (em favor da justiça retributiva), é comum os novos regimes optarem por um meio termo que permita algum grau de punição, mas que, ao mesmo tempo, adira, ainda que apenas nominalmente, às normas da legalidade procedimental (Posner e Vermeule, 2003:24).

Um conhecido caso envolvendo a aplicação desse racional pode ser encontrado na condenação de agentes públicos da antiga República Democrática Alemã (“RDA” ou “Alemanha Oriental”), por tribunais da República Federal Alemã (“RFA” ou “Alemanha Ocidental”): um famoso precedente que restou conhecido como “O Caso dos Atiradores do Muro de Berlim”.

Como de conhecimento, o Muro de Berlim fora edificado em 1961, pela Alemanha Oriental, de regime socialista, com o propósito de evitar o contato de seus cidadãos com a Alemanha Ocidental, capitalista. Entretanto, a despeito da proibição de contato com os habitantes do lado oposto, a liberdade democrática e os padrões de vida superiores experimentados pelo Ocidente atraíram sobremaneira a atenção dos habitantes orientais, e a travessia do muro acabou se tornando um feito tentado com frequência à época.¹¹⁵

¹¹⁵ Há notícia de que, durante a existência da “Cortina de Ferro”, a vigilância levada a efeito pelas tropas orientais, as minas terrestres e os sistemas de disparo automático, teria sido responsável pela morte de 264 pessoas. Cifras mais elevadas foram denunciadas por fontes não oficiais, como o Partido dos Trabalhadores 13 de Agosto (“*Arbeitsgemeinschaft 13 August*”), que deu conta de 938 mortos. De toda sorte, tendo em vista que os incidentes fronteiriços foram mantidos em segredo pelas autoridades da RDA, afigura-se difícil estimar o número exato de pessoas mortas durante o período.

Na noite do dia 14 para o dia 15 de fevereiro de 1972, dois soldados que guardavam as fronteiras, alvejaram um homem de 29 anos, natural de Berlim Oriental, que tencionava cruzar o rio Spree, para chegar à margem oposta. Não se pôde esclarecer de qual dos dois soldados proveio o disparo letal que atingiu a cabeça da vítima, mas é certo que ambos atuaram com o objetivo comum de cumprir a ordem recebida do Ministro da Defesa Nacional (“*Ministerium für nationale Verteidigung*”), prevista no n. 89 do Regramento de Serviço 30/10 de 1967: “A patrulha... vigiará a fronteira estatal com a missão de não permitir que ninguém atravesse a linha fronteira e de deter provisoriamente ou, em sendo o caso, abater, a quem transpassar ilegalmente a fronteira, [...]” (Alexy, 2000:199).¹¹⁶¹¹⁷

À época dos fatos, ambos os soldados receberam uma distinção por méritos e serviço, além de um prêmio de 150 marcos. Entretanto, após o colapso da União Soviética e a derrubada do Muro em 1989, o caso foi levado a conhecimento do Tribunal Supremo Federal que, em sentença de novembro de 1992, afirmou a punibilidade dos atiradores do muro; decisão que fora posteriormente confirmada pelo Tribunal Constitucional Federal, em 1996.

Para não violar o princípio da irretroatividade da lei, por meio da interpretação do direito vigente na RDA em 1972 com base nos princípios do Estado de Direito, o Tribunal Supremo Federal relacionou o “direito extremamente injusto” com a violação de direitos protegidos na órbita do Direito Internacional. Desse modo, segundo ele, a confiança do cidadão não restaria violada em relação ao direito posto, uma vez que o que mudou não fora o direito em si mesmo considerado, mas apenas a interpretação a ele conferida; que antes era completamente desconectada dos direitos humanos: “uma confiança semelhante [...] já não é digna de tutela no sentido do art. 103.2 da Lei Fundamental, pois este ampara tão-somente a confiança no direito legal escrito (“*geschriebenes Gesetzesrecht*”) (Alexy, 2000:207).¹¹⁸

¹¹⁶ No original: “*la patrulla... vigilará la frontera estatal con la misión de no permitir que nadie atraviese la línea fronteriza y de detener provisionalmente o, en su caso, abatir, a quienes traspasen ilegalmente la frontera, [...]*”.

¹¹⁷ Neste mesmo sentido, uma decisão do Conselho Nacional de Defesa estabeleceu, de forma clara, que as ordens e instruções de serviço determinadas pelo Ministro de Defesa deveriam indicar aos guardas fronteiriços que os mesmos seriam “absolutamente responsáveis pela preservação da inviolabilidade da fronteira do Estado e que ‘os violadores de fronteira’ deveriam, sem exceção, ser presos como inimigos ou, caso necessário, aniquilados (*vernichtet*)” (v. *TEDH: Streletz, Kessler y Krenz v. Alemania.*). Os guardas fronteiriços da RDA eram membros do Exército Nacional do Povo (“*Nationale Volksarmee*”) e respondiam diretamente ao Ministro da Defesa Nacional, cujas ordens tinham por base decisões do Conselho Nacional de Defesa (“*Nationaler Verteidigungsrat*”).

¹¹⁸ No original: “*una confianza semejante [...] no es ya digna de tutela en el sentido del art. 103.2 de la Ley Fundamental, pues este ampara tan solo la confianza en el derecho legal escrito (‘geschriebenes Gesetzesrecht’)*”.

Note-se, que, na prática, as contradições entre o princípio da justiça e os princípios da legalidade e da segurança jurídica não foram completamente resolvidas, mas apenas refinadas. A estratégia de emprestar uma nova roupagem ao direito então vigente à época dos fatos não deixou de ser alvo de crítica pelo Juiz Cabral Barreto, da Corte Europeia de Direitos Humanos, que, em dissidência parcial, salientou (v. *TEDH: “K. – H. W. v. Alemanha”*):

Considerando as leis vigentes na época em que os fatos pelos quais o peticionante foi julgado e o modo em que ditas leis eram interpretadas, não pode se sustentar agora que o peticionante poderia ter se dado conta, ao momento do delito, que, disparando contra um fugitivo, ele estaria cometendo um homicídio doloso.

Pelo contrário, o que ele podia prever era que, se, após os avisos de tiros, não disparasse contra a pessoa para impedir que fugisse, sua conduta exporia a uma investigação disciplinar e que poderia chegar a ser condenado por ela.¹¹⁹

Para Jon Elster (apud Posner e Vermeule, 2003:27), apesar de as posições anteriores, individualmente consideradas, serem perfeitamente defensáveis, a manobra interpretativa disfarçada para solucioná-lo consiste em um “subterfúgio” moralmente indefensável. Neste mesmo sentido, Peter Quint (1997:203), comentando a decisão, escreve que

[...] para toda a sua seriedade e complexidade, opiniões deste tipo parecem carecer de falta de sinceridade. O tribunal cria uma lei ideal da RDA, por meio da utilização de técnicas e princípios, assemelhando-se àqueles da atual República Federal, exclusivamente com o propósito de dizer que essa construção hipotética ‘realmente’ era a lei da RDA e, portanto, sua aplicação hoje não é retroativa. [...] pareceria muito mais direto e honesto dizer: A lei da RDA, tal como existia, era na verdade inaceitável e, portanto, nós estamos aplicando uma nova lei para estes casos.¹²⁰

Note-se, portanto, que a dificuldade na terceira possibilidade de resposta ao dilema reside não propriamente na escolha do princípio da justiça em si, mas precisamente na falta de transparência, quando da justificação da escolha.

¹¹⁹ No original: “*Considerando las leyes vigentes en la época en que los hechos por los cuales el peticionante fue juzgado y el modo en que dichas leyes eran interpretadas, no puede sostenerse ahora que el peticionante podría haberse ado cuenta, al momento del delito, que disparándole a um fugitivo él estaria cometiendo um homicidio doloso. Por el contrario, lo que él podia preveer era que si luego de los disparos de advertencia no disparaba contra la persona para impedir que se fugue, su conducta lo habría expuesto a una investigación disciplinaria y que podría llegar a ser condenado por ella*”.

¹²⁰ No original: “[...] *for all their earnestness and complexity, opinions of this sort seem to be lacking in candor. The court creates an ideal law of the GDR, through the use of techniques and principles resembling those current in the Federal Republic, solely for the purpose of saying that this hypothetical construct was ‘really’ the law of the GDR and therefore its application today is not retroactive. [...] it would seem much more direct and honest to say: The law of the GDR as it actually existed was unacceptable and therefore we are applying a new law to these cases*”.

Com efeito, vimos que a história é rica em exemplos de Estados que, em um dado momento, inclinaram-se de forma mais decisiva, ora para a justiça, ora para a segurança jurídica: no período de preponderância do direito natural buscou se destacar da ideia formal do justo a totalidade do conteúdo jurídico; ao contrário, no positivismo, a justiça foi silenciada durante anos, em prol da segurança jurídica. Hoje, contudo, as “unilateralidades” dessas perspectivas jurídicas são colocadas em xeque, na medida em que a multilateralidade da ideia de direito se consolida como o paradigma do momento.

Neste diapasão, a respeito das contradições que o novo cenário jurídico apresenta, Elster obtempera (2004:88): “[...] violações podem ser inevitáveis e, em alguns casos, até desejáveis, e, mesmo que não sejam nenhum dos dois, podem ser compreensíveis e talvez perdoáveis. Mas quando muitas violações se acumulam [...], chega-se a um ponto em que a justiça legal é substituída pela política”.¹²¹

De acordo com Elster (2004:84), é importante distinguir entre duas formas institucionais de justiça de transição, a saber: a justiça legal pura (“*pure legal justice*”) e a justiça política pura (“*pure political justice*”). A primeira delas é caracterizada por quatro elementos centrais: uma reduzida margem para interpretação judicial; um insulamento do Poder Judiciário, relativamente os demais Poderes, de modo que se mantenha independente; juízes imparciais, quando da interpretação do direito; e adesão aos princípios do devido processo legal, tais como: audiências públicas; direito de escolher o seu próprio advogado; direito de recorrer; ausência de legislação retroativa ou de aplicação retroativa do direito; respeito às prescrições legais; determinação da culpa individual; presunção de inocência que confira o ônus da prova à acusação; direito a uma audiência rápida (justiça tardia é justiça negada); direito à devida deliberação (justiça acelerada também é justiça negada). Em contraste, ignorando procedimentos legais básicos, a justiça política consiste no mais nítido reflexo da ideia tucidiana de que “a força faz o direito” (“*might makes right*”): refere-se a uma justiça orquestrada de modo unilateral, por meio da qual os Poderes Executivo ou Legislativo do novo regime designam quem são os agentes criminosos e a punição que lhes deve ser imposta.

A extensão com que o tipo ideal da justiça legal pura é realizado depende, na prática, do tipo de sociedade e da natureza da situação: em sociedades que costumam cumprir a lei em períodos “normais”, as violações das referidas categorias legais são mais raras; ao passo que,

¹²¹ No original: “[...] violations may be unavoidable and on occasion even desirable, and even when they are neither they may be understandable and perhaps forgivable”.

em sociedades onde o Estado de direito se encontra mais enfraquecido, ou em circunstâncias excepcionais, as violações tendem a ocorrer com mais frequência (Elster, 2004:88).

Com efeito, se não estivermos diante de um cenário em que a justiça legal fora transmutada em justiça política, o melhor entendimento parece ser no sentido de que não existe uma resposta absoluta e universal ao dilema proposto; tanto o princípio da segurança jurídica (e da legalidade, e da irretroatividade) quanto o princípio da justiça substantiva podem ser considerados soluções apropriadas, a depender do contexto no qual estejam inseridos. Desse modo, em cenários em que a transição ocorreu por transformação ou transição (v. *supra*), por exemplo, nos quais o ordenamento jurídico fora intencionalmente modificado para permitir a perseguição e isentar criminosos, a opção pelo favorecimento do princípio da justiça poderia ser considerada, de fato, a mais apropriada. E, de modo contrário, em transições onde se pôde identificar um envolvimento popular ativo e genuíno, o prestígio do princípio da segurança jurídica poderia ser considerado perfeitamente razoável. Entretanto, nenhum modelo de justiça de transição, nem mesmo o retributivo, poderia ser estabelecido de antemão para todos os casos. Nesta mesma linha, Posner e Vermeule esclarecem que:

Ao julgar se uma transição tem sido justa, é importante não fazê-la aderir a ideais que são irrealistas. [...] Uma abordagem mais produtiva é comparar as transições com os padrões usados nas democracias liberais consolidadas, que devem lidar com seus próprios problemas de transição, embora não as transições ao nível do regime. Esses padrões refletem compromissos liberais influenciados por uma preocupação prudente por uma boa gestão de transição – que envolve, entre outras coisas, a manutenção de estruturas políticas valiosas, satisfazer algumas exigências populares não liberais e realizar a justiça substantiva, que pode violar normas liberais. As mesmas considerações se aplicam ao nível do regime. A justiça transicional não é alcançada quando a adesão rígida às normas liberais resulta em colapso político e um retorno ao autoritarismo. A justiça transicional permite um equilíbrio entre compromissos liberais e precauções políticas. Ela é alcançada quando as normas são respeitadas na medida do necessário para, e consistente com, a consolidação das instituições democráticas liberais (2003:7).¹²²

Uma conclusão semelhante pode ser extraída quando nos referimos à ideia de Estado de direito. De acordo com Fallon Jr., a melhor compreensão acerca do termo envolve

¹²² No original: “*In judging whether a transition has been just, it is important not to hold it to ideals that are unrealistic. [...] A more productive approach is to judge transitions against the standards used in consolidated liberal democracies, which must deal with their own transition problems, albeit not transitions at the level of regime. These standards reflect liberal commitments leavened with prudential concern for good transition management – which involves, among other things, maintaining valuable political structures, satisfying some illiberal popular demands, and doing substantive justice that might violate liberal norms. The same considerations apply at the level of the regime. Transitional justice is not achieved when rigid adherence to liberal norms results in political collapse and a return to authoritarianism. Transitional justice allows a balancing of liberal commitments and political precautions. It is achieved when those norms are respected to the extent necessary to, and consistent with, the consolidation of liberal democratic institutions*”.

elementos de várias vertentes, que incluem valores e considerações perfilhados por cada tipo ideal (Estado de direito formal, substancial, etc.). Ainda segundo o autor, é errado pensarmos que em todos os contextos existem critérios absolutamente necessários para a existência do Estado de direito: “Pelo contrário, devemos reconhecer que as vertentes do Estado de direito são complexamente combinadas, e devemos começar a considerar quais valores ou critérios são presumivelmente primários em quais condições” (1997:6).¹²³

Nesta mesma esteira caminha Teitel (2003:93), para quem a preferência por um modelo de Estado de Direito no contexto de transições políticas varia à luz dos legados histórico, político e legal, de cada país. Assim, em função do Estado de direito em períodos de mudança política estar associado a condições limitativas, a exportação de um modelo ideal de Estado de direito, generalizando uma situação excepcional, afigura-se deveras problemática. De acordo com a autora, a despeito do que a teoria idealista visa a propagar, os precedentes transicionais dão conta de que nenhum valor de Estado de direito é essencial na dinâmica rumo à construção de um sistema político liberal: “O significado do Estado de direito é altamente contingente em relação ao significado social da injustiça na região e à sua resposta” (2002:17).¹²⁴

O pensamento em sentido contrário nos conduziria a eleger um único modelo de justiça de transição (reconciliação ou retribuição) para todas as transições políticas e, por conseguinte, a erigir determinados mecanismos de justiça de transição (anistia ou julgamento), à categoria de mandatórios, quando, na verdade, a escolha por um ou outro deve levar em conta aspectos contingenciais de cada caso concreto. Entretanto, uma vez que cada transição é diferente, é natural anteciparmos que as exigências da justiça de transição em um lugar poderão diferir consideravelmente das de outro, e, assim, que os mecanismos utilizados para a sua efetivação em um lugar poderão ser significativamente diferentes dos de outro. Esta opinião parece receber o abono de Santiago Nino (1996:164), quando este menciona o caso do referendo favorável à anistia no Uruguai:

Quando o processo democrático resulta em um equilíbrio entre os direitos e interesses que aponta para o perdão, presume-se, embora o dissenso seja sempre possível, que esse curso de ação é o correto. Isso deriva da uma justificativa da punição que repousa não na retribuição, mas na proteção social prudente, e na

¹²³ No original: “*Rather, we should recognize that the strands of the Rule of Law are complexly interwoven, and we should begin to consider which values or criteria are presumptively primary under which conditions*”.

¹²⁴ No original: “*The meaning of the rule of law is highly contingent in relation to the social meaning of injustice in the region and its response*”.

rejeição de uma postura epistêmica elitista sobre quando as pré-condições para o direito à punição são satisfeitas.¹²⁵

Não existe um modelo de justiça de transição a ser exportado; tanto o princípio da segurança jurídica quanto o da justiça, tanto o objetivo de reconciliação quanto o de retribuição, podem ser pensados como guias para a reconstrução das relações entre cidadãos e Estados e para a criação de uma sociedade democrática. Como aduz o velho brocardo latino, “*contraria juxta se posita magis elucescunt*” (“as coisas contrárias reunidas brilham mais”).

É verdade que combater a normalização da justiça de transição tem se mostrado uma tarefa extremamente árdua, especialmente entre os círculos acadêmicos, mas no início do século XXI temos podido visualizar um crescente consenso em torno da premissa de que as estratégias nacionais para enfrentar as violações de direitos humanos vivenciadas no passado dependem das especificidades estabelecidas pelo contexto local:

Também reconhecemos que cada país, cada sociedade, precisa encontrar seu caminho para implementar esses mecanismos. [...] Há princípios que são universais e a obrigação do Estado é cumpri-los, porém a forma, o método, é que é peculiar. Nós não acreditamos que exista, por exemplo, uma seqüência [sic] estrita que primeiro é preciso processar e castigar, depois instalar uma comissão de verdade... Cada país tem de decidir o que faz e quando. De forma tal que não se fechem os caminhos. Que não se diga, por exemplo, de antemão: vamos fazer uma comissão de verdade que vai durar dez anos, para que depois não possamos processar penalmente ninguém por causa da prescrição. Eu acredito que aqui seja preciso aplicar o princípio da boa fé, e a boa fé é um conceito jurídico. O intento sincero de se fazer o máximo possível dentro das limitações que se têm. Por isso existem diferentes modelos (Juan Méndez, 1997:255).

Em vista do exposto, isto é, ante a ausência de um padrão pré-determinado para as transições pretendidas e dos inúmeros meios colocados à disposição para a concretização desse intento, a resolução dos casos porventura havidos nesse contexto deverá passar, necessariamente, pela ponderação dos interesses conflitantes e pelo diálogo entre as instâncias nacional e internacional, matérias sobre as quais nos debruçamos a seguir.

2.2.2 A Solução de um “Caso Difícilimo”

¹²⁵ No original: “*When the democratic process results in a balance of rights and interests which points toward forgiveness, it is presumed, though dissent is always possible, that this course of action is the correct one. This follows from a justification of punishment which relies not on retribution but on prudential social protection, and from the rejection of an elitist epistemic stance about when the preconditions for right punishment are satisfied*”.

A nomenclatura “caso difícilimo” alude à divisão das questões judiciais em casos fáceis e casos difíceis (“*hard cases*”), proposta pela nova interpretação constitucional, pensada para lidar com o inédito reconhecimento de normatividade dos princípios e com os eventuais conflitos dele decorrentes (Dworkin, 1978:81). A diferença entre os tipos reside em que, para os casos fáceis, o ordenamento jurídico já oferece uma solução pré-pronta, restando ao intérprete tão-somente a aplicação de um raciocínio subsuntivo ou silogístico: uma premissa maior (uma regra) que incide sobre uma premissa menor (o fato relevante), produzindo uma norma específica para o caso. Aqui também podem ser verificados inúmeros conflitos normativos, mas o próprio sistema se ocupou de prever uma técnica para superá-las, como, por exemplo, os critérios temporal, hierárquico e de especialidade.

Já nos casos difíceis há a incidência de diversas premissas maiores, igualmente válidas e vigentes, de mesmo grau hierárquico, mas que apresentam soluções diferentes para um mesmo contexto fático. Por não encontrarem respaldo em regra jurídica e não possuírem uma solução abstratamente prevista pelo legislador, os casos difíceis ampliam a margem de espaço para interpretação judicial. Segundo Barroso (2012b:36), é possível identificarmos três situações geradoras de casos difíceis: a ambiguidade da linguagem, desacordos morais razoáveis e colisões de normas constitucionais ou de direitos fundamentais.

A ideia de “casos difícilimos”, por seu turno, tem como escopo remeter o leitor à ambiência da transição política ou ao período posterior à transição (nos casos de justiça de transição postergada, v. *supra*), isto é, à situação peculiar em que a oposição entre dois valores caríssimos ao Estado constitucional (os princípios da segurança jurídica e da justiça material) se afigura inarredável. O emprego do superlativo nos parece apropriado, pois, tais situações possuem uma carga política significativamente superior àquela comumente associada aos casos ditos difíceis. Nelas, o conflito não se cinge apenas à escolha da melhor solução para um caso concreto, mas também alcança a roupagem que o agente decisório interno conferirá ao novo governo e o diálogo do mesmo com a ordem internacional. Neste sentido, conforme adiantamos ao final da seção anterior, a resolução dos casos difícilimos deverá passar, necessariamente, pela ponderação dos interesses conflitantes no âmbito interno de cada Estado e pelo diálogo entre as instâncias nacional e internacional.

No tocante ao desfecho dos casos difícilimos em âmbito interno, parece-nos que, em vista do quanto argumentado anteriormente, o método de aplicação do ordenamento jurídico a ser utilizado deverá ser o mesmo adotado para a solução de casos difíceis, isto é, o paradigma da ponderação. Em que pesem as críticas a ele dirigidas, como, por exemplo, a promoção do

“antiescalonamento” da ordem jurídica, a ofensa ao princípio democrático e o excessivo subjetivismo, entendemos que, em determinadas hipóteses, como a presente, a ponderação se afigura inevitável; o que, sem dúvida, não a isenta de ser exercida com a máxima cautela por parte do intérprete e sempre de forma especialmente motivada (Barcellos, 2011:122).¹²⁶

Uma vez assentado o “como”, resta-nos explorar a questão do “quem”: afinal, sobre os ombros de quais atores deve repousar a responsabilidade da transição política e a decisão sobre qual princípio (justiça substantiva ou segurança jurídica) prestigiar?¹²⁷

A princípio, em Estados cujo ordenamento jurídico prevê, de forma expressa, a concessão de anistia pelo Parlamento, seria natural anteciparmos que o mesmo também deveria ser responsável por um juízo acerca da possibilidade de manutenção ou de revisão do benefício. A realidade, contudo, está longe de se enquadrar facilmente em algum pressuposto teórico, o que invariavelmente nos reduz a um campo de especulações.

Isso porque, se, por um lado, a omissão legislativa pode revelar apenas a vontade do povo no sentido de deixar as coisas no estado em que se encontram; por outro, sua inércia pode estar a indicar apenas que, por se tratar de uma questão polêmica, os atores políticos preferem se omitir para evitar um eventual desgaste, relegando a deliberação a uma esfera de poder que não dependa tanto do apoio popular. De fato, de um modo geral, é notável a mudança da legislação para a judicialização, relativamente ao processo de elaboração normativa. Temos testemunhado um aumento de decisões políticas importantes tomadas pelo Poder Judiciário, em detrimento das demais instâncias de decisões disponíveis, como a executiva, a legislativa e a democrática direta.

Por oportuno, é importante ressaltar que a judicialização da política não se confunde com o chamado “ativismo judicial”, que consiste mais em um comportamento, uma atitude

¹²⁶ Para um estudo aprofundado acerca dos novos marcos hermenêuticos e de suas críticas, veja-se: BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007, pp. 203-249. SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades*. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009, pp. 113-147. ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009, pp. 187-202.

¹²⁷ Aqui é preciso considerar que são várias as espécies de decisão existentes no contexto da justiça de transição, uma vez que a aplicação de cada mecanismo exigirá um conjunto de medidas específicas. Por exemplo, é recomendável que a criação das comissões da verdade e das regras que irão regê-las seja fruto da vontade expressa de representantes democraticamente eleitos, e, sempre que possível, sejam realizados debates e consultas populares que engajem o maior número de pessoas possível. Não obstante, em vista do debate travado na presente seção, nosso foco nesse momento se restringe ao dilema moral imposto pela realização de julgamentos ou pela concessão de anistias.

pró-ativa, no momento de interpretar o alcance da norma (Barroso, 2012a:372). A judicialização é um fato, que envolve uma transferência do poder decisório dos Poderes Executivo e Legislativo, com a conseqüente expansão dos poderes de legislar e executar leis por parte do Poder Judiciário; e a difusão de métodos de tomada de decisão típicos do Poder Judiciário nos demais Poderes. Nos moldes do que vimos afirmando sobre as transições políticas, em uma terceira dimensão, a da judicialização “política pura” ou “megapolítica”, a judicialização se referiria a casos “mais do que difíceis”, isto é, a questões ‘puramente’ políticas, amplamente controvertidas, sem perspectiva de consenso entre os diferentes grupos de interesse, que são deixadas a cargo do Poder Judiciário com o propósito de reduzir os custos políticos de uma decisão controvertida (Silva e Vieira, 2008:39).

Usualmente, além das justificativas dogmática e deontológica, identificadas de forma intuitiva, também contam pontos a favor da jurisdição constitucional: (i) o déficit de legitimidade derivado da praxe política, havido quando os representantes do povo favorecem os seus próprios interesses ou os interesses de um grupo particular, prejudicando interesses gerais; (ii) a defesa das regras do jogo democrático, contra a restrição aos canais de participação política, por meio do cerceamento da voz ou do voto de alguns grupos ou pessoas; (iii) a relativa afinidade entre a opinião popular e as opiniões da maioria parlamentar e a jurisprudência dos tribunais, e a possibilidade de controle pelo Poder Legislativo (mediante emendas, reformulação dos tribunais, etc.); (iv) o fenômeno da constitucionalização do direito e a conseqüente necessidade de salvaguarda dos direitos fundamentais (os direitos individuais como “cartas de trunfo”); (v) a noção de argumentação como legitimidade; (vi) a legitimidade extraída dos efeitos produzidos pela atuação judicial; e (vii) a idéia de imparcialidade do juiz (Sampaio, 2001:166).

Mas é preciso dizer que a expansão da intervenção judicial também não passa sem críticas. Uma delas diz respeito à “dificuldade contramajoritária” ou “argumento da democracia”, uma objeção à prevalência de decisões judiciais quando confrontadas com decisões de agentes políticos eleitos. Bem assim, nos debates sobre capacidade institucional e efeitos sistêmicos, são correntes os questionamentos relacionados, respectivamente, à falta de preparo do juiz para lidar com casos que requerem técnica especializada, e aos riscos inerentes à solução de casos concretos (a “microjustiça”), dada a existência de recursos limitados para demandas ilimitadas.

Todavia, a crítica mais decisiva parece estar relacionada ao pensamento elitista – que, desde Platão, como vimos, e, mais recentemente, passando pelo “juiz hercúleo” de Ronald

Dworkin – desconfia da capacidade do povo (ou de seus representantes) de tomar decisões. É o que vem sendo chamado de “juristocracia” (“*juristocracy*”): um reflexo da alteração jurídico-ideológica, provocado pela crescente crítica realizada pelas elites políticas e econômicas à noção de democracia em sua dimensão mais popular, isto é, como sinônimo de regra majoritária. Além de ampliar a margem de discricionariedade judicial, permitindo o favorecimento de grupos de interesse específicos (uma crítica que, sem dúvida, também poderia ser estendida ao Poder Legislativo), corre-se o risco de, por meio da transferência do debate político para os tribunais, perenizar ainda mais a inércia do legislador e, assim, desestimular ainda mais o debate político. Neste sentido, “a judicialização funcionaria como uma reação das elites tradicionais contra a democratização, um antídoto contra a participação popular e a política majoritária” (Barroso, 2012a:373).

Não obstante a atual propensão à intervenção judicial, e em linha com a crítica tecida contra a concentração de decisões nas mãos de um grupo reduzido de pessoas, parte da doutrina vem aduzindo que, se se tem em vista a consolidação de um Estado genuinamente democrático, faz-se necessária a participação da sociedade como um todo no debate sobre as medidas de justiça de transição cabíveis. Afinal, se a justiça de transição se pretende sempre reconciliatória, mesmo quando adere a medidas retributivas, sem dúvida é fundamental a participação ativa daqueles que serão reconciliados.

Este parece ser o entendimento de Maria Benevides, para quem seria inaceitável que questões referentes à repressão dos crimes contra os direitos humanos sejam decididas sem consulta popular, ou seja, sem a realização de referendos ou plebiscitos. A autora faz menção à história recente do Uruguai e do Brasil, relativamente à anistia concedida a militares acusados de crimes contra os direitos humanos durante a ditadura em cada um dos países, para alertar à necessidade de uma participação popular que compense o maciço poder de influência das Forças Armadas sobre os legisladores (e, porque não dizer, sobre os juízes). Segundo ela, as questões atinentes aos militares nesses dois países não poderiam ser decididas com isenção pelo Poder Legislativo (1996:150).

Entretanto, em função do marcado grau de ambiguidade que cerca alguns arranjos legais que conferem anistias, e da profunda controvérsia que marca o debate entre juristas, Benevides afirma não ser possível decidir de maneira definitiva e universal sobre a exclusão ou inclusão do debate da anistia no âmbito das consultas populares. De acordo com a autora, cada caso deve ser estudado de forma isolada, levando em consideração o tipo de manipulação política da questão (1996:151).

Neste sentido, nos casos em que a transição política se deu por transformação ou transição (v. *supra*), por exemplo, em que as decisões a respeito da transição se concentraram nas mãos de um grupo de pessoas que continuam a exercer pressão sobre os poderes constituídos, seria desejável a realização de uma consulta popular. Em contraste, em transições onde se pôde identificar um envolvimento popular ativo e onde há atualmente a presença de um Poder Judiciário autônomo, uma eventual correção formal ou substancial nas medidas anteriormente adotadas, que sejam realizadas pelos tribunais, poderia ser considerada perfeitamente razoável. Parece-nos, pois, em linha com o pensamento esposado por Benevides, que qualquer que seja a direção tomada por cada país empreendido na aplicação justiça de transição, questões de estratégia na condução dessa atividade, como quem vai decidir, como decidir e o que decidir, deverão analisadas por meio de amplo debate público, sem pressão, e construídas argumentativamente, com base nos elementos disponíveis em cada caso concreto.

Resta-nos, contudo, considerar a interação entre os sistemas de decisão nacional e internacional referente ao dilema moral em questão.

Com efeito, em vista dos custos mais baixos e de seu maior impacto e participação, os processos nacionais ainda são mais favorecidos do que os internacionais. Mas essa tendência começa a mudar.

Devido a razões relacionadas ao movimento de internacionalização dos direitos humanos, que se refletiu na emergência do modelo retributivo de justiça de transição, as alternativas para processos nacionais têm passado a ser exercidas com um relativo grau de sucesso. Conforme sustenta Ferrajoli (2003:24), com o abrandamento da ideia de soberania dos Estados, o deslocamento das fontes do direito para fora de seus domínios e, conseqüentemente, com a debilitação do papel garantista das Constituições nacionais, uma nova mudança de paradigma passou a operar no âmbito do Estado de direito. Segundo o autor, diante desses processos, “a única alternativa ao declínio do Estado de Direito é a promoção de uma integração jurídica e institucional, complemento da integração econômica e política, hoje já irreversível, e portanto do desenvolvimento de um constitucionalismo sem Estado, à altura dos novos espaços, [...]”¹²⁸.

Como já comentamos, com o escopo de promover os direitos humanos no âmbito internacional e garantir a manutenção da paz e da segurança internacionais, foi criada, em

¹²⁸ No original: “*la única alternativa al ocaso del Estado de Derecho es la promoción de una integración jurídica e institucional, complemento de la integración económica y política, hoy ya irreversible, y por tanto el desarrollo de un constitucionalismo sin Estado, a la altura de los nuevos espacios, [...]*”.

1945, a Organização das Nações Unidas, e editada, dois anos mais tarde, a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Juntamente com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Declaração integra a chamada “*International Bill of Rights*”, que, ao lado de tratados multilaterais sobre violações específicas de direitos humanos e de mecanismos não convencionais, compõe o Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos.

Em nível global, destaca-se ainda o Tribunal Penal Internacional (ou “TPI”, como costuma ser chamado), previsto no Estatuto do Tribunal Penal Internacional (ou “Estatuto de Roma”), que veio limitar a seletividade política existente nos tribunais *ad hoc* que o precederam – o Tribunal de Nuremberg e os Tribunais *ad hoc* para a antiga Iugoslávia e para Ruanda. Ao contrário deles, o TPI assenta-se no primado da legalidade e da universalidade, isto é, em uma justiça estabelecida, permanente e independente, aplicável da mesma forma a todos os Estados que a reconhecem (Piovesan, 2011:79).

Além do Sistema Global, existem ainda três Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos: o Europeu, o Interamericano e o Africano. Os Sistemas Regionais servem como complemento à atuação do Sistema Global, mas possuem um mesmo objetivo, qual seja, o de proteger o indivíduo e combater às violações de direitos humanos. Previstos em aparatos jurídicos próprios (respectivamente, a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, e Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos de 1981), cada um deles conta com sua própria Corte (respectivamente, a Corte Europeia de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos).

A pergunta que emerge em um cenário como esse que se nos apresenta, e que se afigura essencial para a solução de problemas transicionais é a seguinte: ante um conflito entre a decisão interna de um país para lidar com os seus problemas de transição e uma orientação ou uma decisão internacional, qual delas deve prevalecer?

De acordo com Marcelo Neves (2009:133), o conflito entre as referidas ordens nacional e internacional se deve, de um lado, ao envolvimento dos tribunais constitucionais com direitos que ultrapassam o âmbito de validade específico da ordem interna; e, de outro, à incorporação de questões constitucionais no âmbito de competência de tribunais internacionais, que querem prolatar decisões vinculantes a agentes e cidadãos dos Estados envolvidos. Como que tentando pontificar e impingir ao outro sua própria opinião, cada um dos âmbitos, nacional e internacional, oferece barreiras de resistência contra o outro. Ocorre

que, se, de um lado, uma imposição internacionalista unilateral pode se apresentar problemática, quando diante dos princípios da autodeterminação ou da igualdade soberana; de outro, tribunais nacionais podem encontrar certa dificuldade ao confrontar-se com o “*ius cogens*”, principalmente porque a ideia de soberania não se encontra mais pautada única e exclusivamente no conceito de autonomia territorial, mas também na responsabilidade política regional, como tivemos a oportunidade de mencionar anteriormente (2009:134).

Diante da tarefa de responder à pergunta, deparamo-nos com a dificuldade de alcançar um perfeito juízo sobre o assunto. Talvez o problema esteja na pergunta formulada e, em sendo esse o caso, nenhuma resposta poderia ser considerada correta. Assim, também poderíamos indagar: será que alguma dessas instâncias deve, necessariamente, prevalecer sobre a outra?

Marcelo Neves tenta ilustrar a tentativa de superação do conflito entre tribunais nacionais e internacionais aludindo à relação entre a Corte Europeia de Direitos Humanos e os Estados Europeus a ela vinculados. Segundo o autor, embora o artigo 46.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos determine que “as Altas Partes Contratantes obrigam-se a respeitar as sentenças definitivas do Tribunal nos litígios em que forem partes”, as decisões proferidas pela Corte Europeia tem variado consideravelmente entre os Estados. Isso porque a Corte tem sido pioneira na aplicação de uma doutrina formulada para resolver disputadas envolvendo questões morais altamente contenciosas e mitigar conflitos instaurados entre sistemas jurídicos nacionais e o sistema internacional de direitos humanos: a chamada teoria da “margem de apreciação” (“*margin of appreciation*”).

Pende certa divergência sobre a origem do termo. Para alguns estudiosos, a expressão deriva do termo francês “*margé d’appréciation*”, utilizado pelo Conselho Francês; enquanto, para outros, o termo deriva da teoria da discricionariedade administrativa (“*Ermessensspielraum*”). Todavia, parece certo que, no atual cenário, a teoria consiste em uma criação jurisprudencial desenvolvida em respeito aos Estados signatários da Convenção Europeia, distribuindo os níveis de decisão entre autoridades nacionais e tribunais internacionais. Há notícia de que fora utilizada pela primeira vez (sob a expressão “poder de apreciação”) no julgamento do caso De Wilde, Ooms e Versyp vs. Bélgica, em 1971,¹²⁹ mas a

¹²⁹ O caso submetido à Corte Europeia envolvia três casos envolvendo crimes de vadiagem (“*vagrancy*”) na Bélgica. A prática belga de limitar o direito de correspondência dos cidadãos detidos foi entendida como proporcional: “A corte então observa, à luz da informação fornecida, que as autoridades belgas competentes não transgrediram nos presentes casos os limites do *poder de apreciação* que o Artigo 8 (2) (art. 8-2) da Convenção confere aos Estados-partes: mesmo em casos de pessoas detidas por vadiagem, tais autoridades possuíam razão suficiente para acreditar que era ‘necessário’ impor restrições com o propósito de prevenir desordem ou crime, de proteger a saúde ou a moral, e de proteger direitos e liberdades de outros” (ECHR. *Cases of De Wilde, Ooms*

verdade é que acabou ganhando maior projeção a partir do caso *Handyside vs. Reino Unido*, em 1976.¹³⁰

Tem se aludido à “origem dual” da doutrina, uma vez que sua aplicação jurisprudencial tem alcançado tanto derrogações de direitos em situações emergenciais quanto restrições de direitos em circunstâncias ordinárias (Contreras, 2012:33). Com efeito, de um modo geral, tal aplicação parece comportar dois tipos de uso: o primeiro no sentido de impedir que a Corte substitua as decisões dos Estados quanto aos meios de aplicar os direitos da Convenção a casos concretos; e a segunda, mais abrangente, no sentido de conferir aos Estados alguma liberdade para interpretar os direitos constantes da Convenção e, com isso, determinar a extensão das obrigações que lhes são impostas por ela (Kratochvíl, 2011:328).¹³¹ Há, portanto, ínsita na teoria uma noção de espaço em que os Estados podem mover-se legalmente; em função disso, vem sendo comumente definida como “a latitude de que um governo dispõe ao avaliar situações factuais e ao aplicar as providências enumeradas em tratados internacionais de direitos humanos” (Arai-Takahashi, 2001:2).¹³²

Ocorre que, apesar de, em um plano abstrato, poder ser descrita como uma doutrina de deferência, ainda impera certa incerteza quanto ao modo de manejá-la; fato que tem rendido críticas à possibilidade de seu uso indiscriminado. Tem-se, inclusive, falado em uma

and Versyp v. Belgium, 1971:par-93, grifo nosso). No original: “It then observes, in the light of the information given to it, that the competent Belgian authorities did not transgress in the present cases the limits of the power of appreciation which Article 8 (2) (art. 8-2) of the Convention leaves to the Contracting States: even in cases of persons detained for vagrancy, those authorities had sufficient reason to believe that it was ‘necessary’ to impose restrictions for the purpose of the prevention of disorder or crime, the protection of health or morals, and the protection of the rights and freedoms of others”.

¹³⁰ O caso submetido à Corte Europeia envolvia o exercício do direito à liberdade de expressão de Richard Handyside, relativamente à publicação do livro “*Den lille røde bog for skoleelever*” (“O pequeno livro vermelho do estudante”), que continha conteúdo considerado polêmico à época (sexo, pornografia, etc.). De acordo com a Corte, “[...] o Artigo 10, par-2 (art. 10-2) oferece aos Estados-partes uma *margin de apreciação*. Essa margem é dada tanto para o legislador doméstico (‘prescrita por lei’) quanto para os corpos, judicial entre outros, que são chamados a interpretar e aplicar as leis em vigor” (*ECHR. Case of Handyside v. The United Kingdom*, 1976:par-48, grifo nosso). No original: “[...] Article 10 para. 2 (art. 10-2) leaves to the Contracting States a margin of appreciation. This margin is given both to the domestic legislator (‘prescribed by law’) and to the bodies, judicial amongst others, that are called upon to interpret and apply the laws in force”.

¹³¹ Desse mesmo raciocínio tem se extraído que, no que atine a sua executoriedade, as decisões internacionais constituem uma obrigação internacional de resultado, de modo que o Estado possui liberdade para optar pelos meios internos que desejar para fazer cumpri-la. É, pois, nesse sentido “que se entende que um órgão internacional não possui o poder de revisar uma sentença judicial interna [...]. É o próprio Estado que, utilizando sua própria legislação, fará a completa reparação e cumprirá, por seus próprios mecanismos, a decisão internacional” (Ramos, 2002:312, grifo do autor). Note-se, porém, que, caso não venha a implementá-la de alguma forma, o Estado estará descumprindo uma obrigação internacional secundária de cumprimento, em boafé, das decisões internacionais de responsabilidade internacional do Estado.

¹³² No original: “the latitude a government enjoys in evaluating factual situations and in applying the provisions enumerated in international human rights treaties”.

“inflação” da margem de apreciação pela jurisprudência da Corte Europeia.¹³³ Por isso, conquanto bastante citada no Sistema Europeu, a teoria da margem de apreciação ainda encontra resistência no Sistema Americano.¹³⁴ Com efeito, segundo o antigo Presidente da Corte Interamericana, Cançado Trindade, inexistente a possibilidade de aplicação da referida doutrina aos casos submetidos à jurisdição daquela, sob quaisquer circunstâncias, pois nenhuma discricionariedade nacional pode ser outorgada quando obrigações de direitos humanos estão em jogo. De acordo com o jurista brasileiro, a doutrina em apreço foi criada com o propósito de relativizar a aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos:

[...] pode ser que o *racional* desta doutrina, ainda que não implicitamente invocada, se haja desafortunadamente presente, sempre e quando os órgãos convencionais de supervisão da nossa Convenção regional, depois de examinar determinados casos de direitos humanos, em lugar de resolvê-los por si mesmos, remitam – em nosso entender indevidamente – sua solução final a órgãos do Estado. Tal situação não deixa de ser irônica, além de paradoxal, porquanto os casos de direitos humanos são confiados aos órgãos internacionais de proteção precisamente em razão das insuficiências ou deficiências das instâncias nacionais na administração da justiça. À margem do Estado de Direito, a “margem de apreciação” é uma *contradictio in terminis* (Trindade, 1998: 582, grifo do autor).¹³⁵

¹³³ De acordo com Kratochvíl (2011:336), o uso da doutrina tem sido considerado pernicioso quando: (i) a sua menção não guarda relação com as razões utilizadas na decisão do caso; (ii) a margem é mencionada mas não desempenha um papel explícito; (iii) a margem é mencionada apenas na conclusão; e (iv) simplesmente se invoca “certa margem de apreciação”, de maneira inconsistente.

¹³⁴ Não obstante, note-se que na primeira vez em que citada pela Corte Interamericana, na Opinião Consultiva nº 4/84, solicitada pelo governo da Costa Rica para a avaliação da regulação do direito à nacionalidade no país, a doutrina da margem de apreciação foi interpretada de modo favorável: “[...] não se pode colocar em dúvida o poder soberano da Costa Rica para decidir os critérios que hão de orientar a concessão ou não da nacionalidade aos estrangeiros que desejam obtê-la, nem para estabelecer certas diferenças razoáveis com base em circunstâncias de fato que, por razões objetivas, aproximem alguns mais do que outros do sistema de valores e interesses da sociedade costa-riquenha. [...] Essa conclusão da Corte tem especialmente em conta a margem de apreciação reservada ao Estado que outorga a nacionalidade sobre os requisitos que devem ser satisfeitos para obtê-la” (CIDH. *Opinión Consultiva OC – 4/84*, 1984:16). No original: “[...] no puede ponerse en duda la potestad soberana de Costa Rica para resolver sobre los criterios que han de orientar el discernimiento o no de la nacionalidad a los extranjeros que aspiran a obtenerla, ni para establecer ciertas diferencias razonables con base en circunstancias de hecho que, por razones objetivas, aproximen a unos aspirantes más que a otros al sistema de valores e intereses de la sociedad costarricense. [...] Esa conclusión de la Corte tiene especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla”.

¹³⁵ No original: “[...] puede ser que el rationale de esta doctrina, aunque no explícitamente invocada, se haga desafortunadamente presente, siempre y cuando los órganos convencionales de supervisión de nuestra Convención regional, después de examinar determinados casos de derechos humanos, en lugar de resolverlos por si mismos, remitan – en nuestro entender indebidamente – su solución final a los órganos del Estado. Tal situación no deja de ser irônica, además de paradójica, por cuanto los casos de derechos humanos son confiados a los órganos internacionales de protección precisamente en razón de las insuficiencias o deficiencias de las instancias nacionales en la administración de justicia. Al margen del Estado de Derecho, el ‘margen de apreciación’ es una *contradictio in terminis*”.

Desde essa ótica, contrária à noção de transconstitucionalismo aqui exposta, “[...] os direitos humanos – mesmo aqueles estabelecidos em instrumentos regionais – devem ser tratados como se propusessem obrigações universais e nenhum relativismo ou particularismo é desejável ou mesmo conceitualmente compatível com a noção de direitos humanos” (Contreras, 2012:62).¹³⁶

É possível percebermos, pois, uma nítida interface entre o conflito entre as ordens nacional e internacional e o debate estabelecido entre universalistas e relativistas acerca do fundamento dos direitos humanos.

Para os universalistas, os direitos humanos encontram respaldo na ideia de dignidade humana, enquanto valor intrínseco do ser humano. Desde essa perspectiva, que é oficialmente adotada pelo sistema de proteção internacional dos direitos humanos, defende-se um mínimo ético irreduzível – mesmo que se possa admitir uma discussão sobre a extensão do conteúdo desse mínimo. De acordo com o historiador Król (1993:363), devemos aceitar e respeitar o fato de que algumas religiões, costumes e tradições, levarão a práticas e comportamentos diferentes dos adotados em nossas comunidades. Mas, por outro lado, tal entendimento não deve permitir que o multiculturalismo redunde na absoluta relativização de valores, uma vez que o “mínimo” não pode se submeter a uma reinterpretação local.

Por outro lado, de acordo com os relativistas, o reconhecimento da existência de direitos está direta e estritamente relacionada ao sistema moral, histórico, social, cultural, político e econômico, de cada sociedade. Assim, da mesma forma que se afirma que, em função da pluralidade de culturas, já não se poderia identificar a existência de uma moral universal, também não se sustentaria um único discurso sobre os direitos fundamentais.¹³⁷ Neste mesmo pórtico, na primeira ocasião em que reconheceu a doutrina da margem de apreciação, a Corte Europeia considerou que

[...] não é possível encontrar no direito doméstico dos vários Estados-contratantes uma concepção uniforme europeia acerca da moral. A visão adotada por suas respectivas leis acerca das exigências da moral varia de acordo com o tempo e com o lugar, especialmente em nossa época, que se caracteriza por uma evolução rápida e abrangente de opiniões sobre o assunto. Devido ao seu contato direto e contínuo com as forças vitais de seus países, as autoridades do Estado estão, a princípio, em uma posição melhor do que o juiz internacional, para dar uma opinião

¹³⁶ No original: “[...] *human rights* —even those established in regional instruments—should be treated as posing universal obligations and no relativism or particularism is desirable or even conceptually compatible with the very notion of human rights”.

¹³⁷ É preciso consignar, contudo, a variedade de correntes universalistas e relativistas. Aqui estamos a falar genericamente, mas poder-se-ia aludir a universalistas e relativistas *fortes* ou *fracos*, conforme os graus de defesa de um mínimo ético ou no nível em que um concebe a cultura como fonte de validade do direito ou da moral.

sobre o conteúdo exato desses requisitos [...] (*ECHR. Case of Handyside v. The United Kingdom*, 1976:par-48).¹³⁸

Em suma, enquanto, para os universalistas, os relativistas acobertam as violações a direitos humanos com o véu da cultura; para os relativistas, os universalistas operam sob a dinâmica de um “canibalismo cultural” ocidentalmente centrado (Piovesan, 2011:45).

Com efeito, algumas medidas possíveis para conciliar essa divergência poderiam incluir um abrandamento da vinculação total de certos Estados aos tratados internacionais de direitos humanos, consagrando, dessa forma, normas que tutelem valores culturais específicos; e, ao mesmo tempo, um estímulo à incorporação, por certas sociedades, de valores compartilhados globalmente.

Neste sentido, no que toca à polêmica entre relativismo e universalismo, Boaventura Souza Santos (1999:31) vem perfilhando uma proposta de congraçamento entre as duas correntes por meio do que chama de “hermenêutica diatópica”, uma proposta hermenêutica voltada ao diálogo intercultural. O procedimento hermenêutico teria como lastro a ideia de que os *topoi* de cada cultura, isto é, os lugares retóricos e as referências mais abrangentes de cada cultura, são tão incompletos quanto a própria cultura que integram.

Segundo o autor, a mobilização de apoio para as possibilidades e exigências que os direitos humanos contêm só será efetivada à medida que tais possibilidades e exigências forem apropriadas e absorvidas por cada contexto cultural local. Considerando essa necessidade de integração, o procedimento sugerido visaria precisamente a ampliar a consciência de incompletude mútua entre as diversas culturas, por meio de um diálogo que considere tanto uma cultura quanto outra – daí o seu viés dia-tópico.

Para colocar em prática o referido intento, Boaventura (1999:38, grifo do autor) argumenta que dois imperativos devem ser observados pelos grupos que se nele se empenharem: o primeiro, no sentido de que, “*das diferentes versões de uma dada cultura, deve ser escolhida aquela que representa o círculo mais amplo de reciprocidade dentro dessa cultura, a versão que vai mais longe no reconhecimento do outro*”; e o segundo, no sentido de que “*as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza*”.

¹³⁸ No original: “[...] it is not possible to find in the domestic law of the various Contracting States a uniform European conception of morals. The view taken by their respective laws of the requirements of morals varies from time to time and from place to place, especially in our era which is characterised by a rapid and far-reaching evolution of opinions on the subject. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements [...]”.

Reconhece-se, contudo, que, a despeito de sedutora, a proposta poderia ser mais consistente, de modo a esclarecer o conteúdo mínimo de direitos necessário e a forma como ele deverá dialogar com as contingências de cada lugar (em outras palavras, a metodologia pela qual o diálogo será regido). Com efeito, essa mesma noção de diálogo com os particularismos de cada cultura, à qual também estendemos nossa última crítica, parece estar presente no pensamento de Cançado Trindade:

É, com efeito, a partir das particularidades ou da diversidade do gênero humano que se buscam os valores universais, que se manifesta uma consciência universal. Mesmo os que tivessem preferido que os redatores da Declaração Universal dos Direitos Humanos houvessem levado mais em conta também o legado de antigas civilizações asiáticas e distintas religiões, admitem, no entanto, que a Declaração Universal de 1948 alcançou um determinado grau de universalidade que a tornou aceita por seres humanos de todas as civilizações e culturas, a ponto de seu elenco de direitos consagrados vir a permear gradualmente as Constituições nacionais, e a ser invocado ante tribunais nacionais, de numerosos países de todo o mundo. A Declaração Universal tornou-se possível, apesar das distintas cosmovisões dos seres humanos e de sua diversidade cultural. A universalidade da Declaração de 1948 erigiu-se, com efeito, no respeito a estas distinções e à diversidade do gênero humano, subjacente à proclamação de direitos inerentes à pessoa humana (Trindade, 2003:306).

Neste mesmo passo, mas tratando de modo mais detido a questão do conflito entre as cortes nacionais e internacionais, Marcelo Neves discorre sobre o que chama de “transconstitucionalismo”. O termo aponta para a solução de problemas jurídicos complexos que permeiam diversos ordenamentos jurídicos: representando uma verdadeira superação do dilema monismo/dualismo, o transconstitucionalismo rejeita o estatalismo, o internacionalismo, o supranacionalismo, o transnacionalismo e o localismo, não tomando nenhuma ordem jurídica como ponto de partida para a solução de problemas constitucionais.

Para tratar do transconstitucionalismo, Neves recorre ao conceito de “razão transversal” de Wolfgang Welsch, analisando a possibilidade da existência de racionalidades transversais, tanto entre o sistema jurídico e outros sistemas sociais, quanto entre ordens jurídicas. [Resolvemos nos ater aqui à análise do transconstitucionalismo entre direito internacional público e direito estatal, correspondente ao conflito que se nos impõe no presente ensaio.] Com base nela, a afirmação de uma das ordens em questão não implicaria, necessariamente, a negação da outra. Isso porque o transconstitucionalismo entre as ordens nacional e internacional apresentar-se-ia na forma de um entrelaçamento entre a responsabilidade do Estado ante o contexto social interno e a sua responsabilidade interestatal.

[...] tanto em uma perspectiva quanto em outra, os problemas constitucionais passam a ter uma relevância simultânea, exigindo novos modelos de análise: não só o provincianismo estatalista deve ser aqui rejeitado; igualmente é prejudicial a um modelo racionalmente adequado de solução de conflitos o pseudouniversalismo internacionalista, que, antes, constitui uma outra forma de visão provinciana dos problemas constitucionais (Neves, 2009:135).

Neste sentido, as cortes internacionais precisam ser capazes de aprender e de se adaptar diante das compreensões particulares dos direitos fundamentais nas diferentes ordens jurídicas existentes: “[...] impõe-se ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos [e aos demais tribunais internacionais, de um modo geral] uma posição flexível ao decidir com pretensão vinculante a respeito de casos que afetam diversos países, considerando também as autocompreensões constitucionais específicas e suas metamorfoses” (Neves, 2009:142). De igual feita, também em âmbito nacional deve-se recorrer a uma ampliação do diálogo constitucional com outras cortes internacionais e estrangeiras. Isso porque, tanto o internacionalismo, quanto o nacionalismo, podem ensejar condutas pouco favoráveis a efetivação dos direitos humanos. Seguindo nesta esteira, arremata o autor:

Contra essas tendências, o transconstitucionalismo implica o reconhecimento de que as diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de um problema-caso constitucional – a saber, de direitos fundamentais ou humanos e de organização legítima do poder –, que lhes seja concomitantemente relevante, devem buscar formas transversais de articulação para a solução do problema, cada uma delas observando a outra, para compreender os seus próprios limites e possibilidades de contribuir para solucioná-lo (2009:297).

Na linha do quanto exposto, pode-se dizer que, no que tange à questão da doutrina da margem de apreciação, a Corte Europeia vem considerando que o manejo desta, de fato, não pode ser realizado de forma irrestrita, sob pena de prejudicar o escopo e a extensão dos direitos humanos estabelecidos em tratados e convenções internacionais. Em vista disso, sua jurisprudência vem requerendo a constatação de três condições doutrinárias (que poderiam facilmente ser estendidos a outros tribunais), para que a restrição de um direito possa ser considerada compatível com a Convenção Europeia, a saber: (i) a restrição deve ter sido “prevista em lei” ou estabelecida “em conformidade com a lei”; (ii) a medida restritiva deve ter perseguido “fins legítimos” no âmbito da Convenção; e (iii) todas as interferências no exercício de um direito devem ser consideradas “necessárias [leia-se: proporcionais] em uma sociedade democrática” (Contreras, 2012:32).

No que concerne especificamente ao campo da justiça de transição, tem se reconhecido certa margem de apreciação sobre quase todos os aspectos de seus mecanismos,

permitindo sensibilidade para a consideração de fatores contingenciais. A obrigação internacional de revelar a verdade, por exemplo, deixa em aberto muitas questões importantes (quem deverá conduzir as investigações, qual o período de tempo a ser coberto pelas investigações, etc.); de igual forma, a obrigação de fornecer reparações às vítimas não estabelece de antemão algumas questões cruciais (quem indenizar/compensar, a magnitude dos benefícios, etc.). Segundo Greiff (2011:3), o fato de que os mecanismos de justiça de transição se baseiam em obrigações vinculantes não impede que os Estados que a aplicam detenham certo grau de liberdade sobre como satisfazer essas obrigações de modo concreto, levando em conta as especificidades da sociedade que abriga. Evidentemente, sabe-se que a mesma cautela requerida no contexto do Sistema Europeu, relativamente à aplicação da doutrina da margem de apreciação, deve ser estendida ao campo de aplicação dos mecanismos da justiça de transição; aqui também o espaço de manobra não deve ser conferido de forma irrestrita, ou sem dúvida se tornará uma desculpa para a não conformidade.

Portanto, à luz da proposta de diálogo aqui exposta, pensamos não ser necessário concluir pela prevalência absoluta de uma ordem de decisão (nacional ou internacional), nos conflitos decisórios da justiça de transição: cremos que ambas as instâncias devem ser capazes de realizar concessões. Assim, em oposição ao quanto apregoado pelo modelo da primeira fase da justiça de transição (e repetido, com alguma reserva, pelo da terceira) – que, assumindo um caráter universal, considerou inarredável a responsabilização criminal por abusos de direitos humanos cometidos durante períodos não democráticos –, entendemos que a próxima fase na genealogia da justiça de transição deverá dedicar-se à sinergia entre o idealismo internacional e o realismo local.

3 UMA ANÁLISE DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL

Cerca de metade das democratizações da segunda metade do século XX foram reformas comandadas por líderes dos regimes autoritários precedentes. Por isso, a forma como os países enfrentaram o legado autoritário foi mais ou menos semelhante: concedendo anistias (e, às vezes, revogando-as) e instaurando, em tempo ou tardiamente, comissões da verdade. Na Argentina, por exemplo, o movimento em prol da luta contra os problemas de transição tem sofrido com avanços e recuos. A “Comissão Nacional para o Desaparecimento de Pessoas”, por exemplo, designada para investigar os crimes militares, logrou produzir um relatório de quatrocentas páginas a respeito do assunto, apoiado por cinquenta mil páginas de documentação. Por outro lado, apesar de aprovada uma legislação para processar violadores de direitos humanos, o mesmo Presidente que a havia confirmado, Raúl Alfonsín, incentivado por mudanças na opinião pública, propôs a “Lei do Ponto Final” e, em seguida, a “Lei de Obediência Devida”, proibindo a abertura de novos processos e impedindo o processo contra quase todos os suspeitos.¹³⁹

O governo chileno, por sua vez, inicialmente contrário aos julgamentos, promulgou uma lei de anistia e, em paralelo, instalou a “Comissão Nacional para a Verdade e Reconciliação”, que deveria ser a “consciência moral da nação”. Após a neutralização da interferência do ex-ditador Augusto Pinochet, a Corte Suprema chilena considerou insuscetíveis de anistia e imprescritíveis os crimes de lesa-humanidade, de tal forma que os envolvidos no governo militar começaram a ser responsabilizados. A busca pela verdade recebeu posterior reforço com a instalação da “Comissão Nacional sobre Prisão Política e Tortura”, que teve por objetivo determinar as pessoas que sofreram tortura e privação de liberdade durante o período ditatorial e, assim, propor ações de reparação.

No Uruguai o processo de resgate histórico teve início com a “Comissão Investigadora sobre a Situação de Pessoas Desaparecidas e Fatos que a Motivaram”, em 1985, e continuou, quinze anos depois, com a “Comissão para a Paz”. O país também contou com a “Lei da Caducidade da Pretensão Punitiva do Estado”, aprovada por maioria parlamentar em 1986, que garantiu anistia a funcionários policiais e militares acusados de crimes contra os direitos humanos, e que, recentemente, teve sua vigência confirmada por plebiscito nacional, convocado por iniciativa popular.

¹³⁹ Ambas as leis foram declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte de Justiça do país, em 2005.

O Brasil parece estar atento aos incentivos históricos dos demais países e, finalmente, desde a última década, começa a dar indícios de preocupação com o passado mal resolvido.

É nessa direção, cientes de que o progresso tem se apresentado como algo possível de ser alcançado, e, ao mesmo tempo, da ainda longa distância a ser percorrida entre a realidade do presente e o modelo ideal de Estado Constitucional de Direito, que pretendemos explorar no presente capítulo como a justiça de transição tem se desenvolvido no país. Nosso objetivo será verificar como as questões analisadas nos capítulos anteriores se encontram, em maior ou menor intensidade, presentes nos sistemas político e jurídico brasileiros na atualidade, e, diante disso, estabelecer o que deve ser corrigido ou aperfeiçoado em termos prospectivos.

Como bem sabido, é pressuposto lógico de qualquer estudo científico uma análise, ainda que breve, do contexto em que se encontra inserido o seu objeto.¹⁴⁰ Antes disso, porém, e apesar de pouco desejável, neste trabalho, o aprofundamento das controvérsias históricas que emanam do tema, não poderíamos avançar sem antes elucidar a razão da escolha pelo emprego da expressão “ditadura civil-militar”, em lugar da designação habitual. Não se pode negar que, apesar do maciço controle político-castrense, a ditadura contou com um importante auxílio de segmentos da burguesia civil para delinear os rumos econômicos do país.¹⁴¹

Com efeito, é fato notório que a estabilidade política, conquistada à custa do afastamento da bancada de esquerda, foi determinante para a entrada de capital estrangeiro, que alavancou a produção industrial e resultou no crescimento do PIB, entre 1969 e 1973 – período que se convencionou chamar “milagre econômico”. Não obstante, a verdade é que nem todos lograram experimentar os “efeitos divinais” do fenômeno: o intenso crescimento econômico proporcionou um aumento considerável no poder de compra das classes média assalariada, mas, em contrapartida, acarretou significativa redução do valor real do salário mínimo, afetando diretamente a classe menos favorecida (Bocchi et al, 2006:127).¹⁴² Donde os

¹⁴⁰ Para além do verdadeiro desafio que seria apurar com rigor as páginas da história da ditadura civil-militar no Brasil, vasta em versões e contradições, tal pretensão se afastaria largamente dos objetivos por ele perseguidos. Por isso, este trabalho não fará uma exposição pormenorizada dos fatos, mas, ao contrário, concentrar-se-á na exposição daquilo que se considera essencial à compreensão do tema que se nos apresenta, isto é, o contexto em que atuaram os perpetrados de crimes contra os direitos humanos e os fatos subsequentes que antecederam a abertura ao regime democrático.

¹⁴¹ Aliás, a participação civil nos regimes ditatoriais tem sido a regra: “Foi assim no movimento de ascensão do nazismo na Alemanha, do fascismo na Itália e do comunismo na antiga União Soviética. É padrão: o setor conservador e radical das Forças Armadas se ancora no meio civil como braço auxiliar para a ação de poder” (v. “*Comissão da Verdade tem de incluir elites civis*”, Folha de S. Paulo).

¹⁴² Tal forma de crescimento da produção industrial e agrícola, baseada na deterioração salário/câmbio, foi classificada por Fernando Fajnzylber como “competitividade espúria”. A propósito, outros autores, como Rui Mauro Marini e Theotônio dos Santos, desenvolveram o conceito de “superexploração dos trabalhadores”, para

teóricos do desenvolvimento destacarem a diferença entre crescimento e desenvolvimento econômico: o mero crescimento, registrado na melhoria dos índices de produção, não reflete, necessariamente, o aumento do bem-estar da população.

Outro aspecto negativo do “milagre” que perdurou depois dele foi a desproporção entre o avanço econômico e o retardamento ou mesmo o abandono dos programas sociais pelo Estado. O Brasil iria se notabilizar no contexto mundial por uma posição relativamente destacada pelo seu potencial industrial e por indicadores muito baixos de saúde, educação e habitação, que medem a qualidade de vida de um povo (Fausto, 2009:487).

Neste sentido, o aludido milagre, ao contrário do que se havia de esperar, apresentou um quadro incompatível com o enorme aumento de riqueza então experimentado: elevou os custos sociais e acentuou sobremaneira a desigualdade da distribuição de renda. Daí se dizer que um determinado segmento da sociedade civil, que progredia e lucrava durante os “anos de chumbo”, corroborava com – e, por que não dizer, sustentava – o regime. [Com efeito, essa constatação parece ir diretamente ao encontro do quanto abordado na primeira seção do capítulo anterior, relativamente à concentração de influência nas mãos de um grupo reduzido de atores.]¹⁴³ Em suma, à luz dessas considerações, embora não haja um consenso na historiografia sobre o termo,¹⁴⁴ afigura-se-nos mais adequado o uso da nomenclatura em apreço, por reproduzir com maior grau de acuidade os eventos de que trataremos a seguir.

Feita essa breve digressão, podemos dizer que, embora tenha se estendido por longos vinte e um anos, a princípio, o regime civil-militar instaurado em 1964 tinha a pretensão de ser temporário. Isso porque o escopo dos militares, quando da instauração do regime, concentrava-se no insulamento da atuação esquerdista, por meio da nomeação de um candidato militar à Presidência. Neste sentido, a chamada “Revolução de 1964”, na verdade, possuía contornos de uma contrarrevolução, e tinha por objetivo salvar a democracia da suposta ameaça representada pelo então governo de João Goulart. A intenção era que, tão

explicar esse tipo de acumulação, muito similar ao dos períodos de acumulação primitiva, em que não eram observados direitos políticos e sociais das classes trabalhadoras (Bocchi et al, 2006:128).

¹⁴³ No fim das contas, pode-se dizer que os empresários acabaram aprendendo que o golpe não serviu aos interesses *dos capitalistas*, mas *do capitalismo*. Com efeito, guiados por uma visão Estado-centrista, os militares criaram uma série de empresas estatais que passaram a competir com empresas privadas no mercado.

¹⁴⁴ Em sentido diverso do então apresentado, o jornalista Pedro Estevam da Rocha Pomar: “Ao falar-se em ‘Ditadura Civil-Militar’, com a finalidade de garantir que não seja esquecida a participação de civis no regime, termina-se por obter o efeito inverso, qual seja, o de diminuir a responsabilidade dos militares [...]” (v. “*O modismo ‘civil-militar’ para designar a Ditadura Militar*”, Brasil de Fato).

logo realizado esse intento, o poder retornasse às mãos dos civis. Aliás, este precisamente o teor do AI-1:

Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República, a fim de que este possa cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo como nas suas dependências administrativas.

A “limpeza” começou a ser posta em prática logo nas primeiras horas após o golpe, mostrando-se particularmente intensa no íterim entre a efetivação do golpe e a posse do Presidente Castello Branco, com a tortura de quaisquer pessoas “contrárias à ordem”.

O forte endurecimento do regime culminou na outorga do AI-2, em outubro de 1965, que previa em seu bojo o fortalecimento do Poder Executivo, por meio da atribuição de competência para decretar o recesso do Congresso Nacional, de Assembleias Estaduais e Câmaras Municipais. Não bastasse isso, as eleições para a Presidência da República se tornaram indiretas e os partidos políticos, em uma expressão de verdadeira oposição à liberdade de organização partidária, foram extintos. Em substituição destes, surgiram a Aliança Renovadora Nacional (“Arena”), formada por políticos que apoiavam o governo, e o Movimento Democrático Brasileiro (“MDB”), uma espécie de oposição simulada.

Cerca de um ano após a outorga do AI-2, foi também outorgado, em fevereiro de 1966, o AI-3, tornando definitivamente flagrante a encenação do jogo político eleitoral. O novo cenário culminou na cassação do mandato de inúmeros Parlamentares e no fechamento do Congresso Nacional até a sua reabertura pelo AI-4, para aprovar a Constituição de 1967.

Uma das características do regime implantado em 1964 foi o de não ser uma ditadura pessoal. Poderíamos compará-lo a um condomínio em que um dos chefes militares – general de quatro estrelas – era escolhido para governar o país com prazo definido. A sucessão presidencial se realizava, de fato, no interior da corporação militar, com audiência maior ou menor da tropa, conforme o caso, e decisão final do Alto Comando das Forças Armadas. Na aparência, de acordo com a legislação, era o Congresso quem elegia o presidente da República, indicado pela Arena. Mas o Congresso, descontados os votos da oposição, apenas sacramentava as ordens que vinham de cima (Fausto, 2009:475).

Ante a ausência de uma verdadeira oposição ao governo entre os partidos políticos então atuantes, uma série de movimentos foi articulada com o intuito de fazer frente ao arbítrio militar. Exemplos da resistência podem ser encontrados na formação da chamada “Frente Ampla” e na “Passeata dos Cem Mil”, fruto da mobilização estudantil. No meio

artístico e cultural, destacaram-se o “Cinema Novo”, que introduziu discussões sobre problemas sociais essencialmente brasileiros, e a “Tropicália”, com canções de protesto.

Não obstante, com a outorga do AI-5, em 1968, e a nomeação de um novo militar para ocupar a Presidência (o General Médici), restou evidente que qualquer tipo de oposição pacífica resultaria em uma resposta desproporcionalmente violenta por parte do regime.

Cientes da atual conjuntura e inspirados pelos ideais da Revolução Cubana de Fidel Castro e pela Guerra do Vietnã,¹⁴⁵ grupos “clandestinos” de oposição optaram pela luta armada na forma de guerrilhas. Três focos guerrilheiros ganharam destaque no Brasil, mas o movimento que se apresentou de forma mais consistente foi o da Guerrilha do Araguaia, no Estado do Pará,¹⁴⁶ graças ao apoio da população local aos seus integrantes¹⁴⁷ e à base de ação em uma região de difícil acesso.

A despeito da forte resistência armada, a referida guerrilha teve seu foco dizimado cerca de três anos após a sua descoberta, em 1972, pelo que ficou conhecida como a maior operação militar organizada pelo exército brasileiro. Não obstante o fracasso das guerrilhas no interior do país, a guerrilha urbana, comandada por Carlos Mariguella, líder da Aliança Libertadora Nacional (“ALN”), mostrou-se promissora. De fato, com o processo de urbanização progredindo rapidamente, os arquétipos de guerrilha rural empregados em Cuba, na China e no Vietnã, afiguravam-se pouco factíveis no Brasil. Todavia, apesar do aparente sucesso, a guerrilha urbana também restou fortemente combatida pelos chamados Comandos de Operações de Defesa Interna (“Codi”), declinou e praticamente desapareceu.

Como se pode intuir, o regime passou a ceder paulatinamente ao processo natural de desgaste. A essa altura, a abertura política parecia inevitável. Aliás, não era outro o objetivo do general Ernesto Geisel, quando assumiu a Presidência, senão pôr fim ao ciclo de reforma política conduzido pelos militares e, finalmente, dar início ao processo de redemocratização

¹⁴⁵ Os dois movimentos tinham como modelos teóricos as obras de Che Guevara e de Mao Tse-tung, respectivamente. A proposta de Che incluía a criação de focos revolucionários em pontos remotos do país, para desestabilizar o governo, e, com isso, criar condições para uma substituição forçada. Já Mao Tse-tung ressaltava a necessidade de organizar bases camponesas que apoiassem o movimento dos guerrilheiros. De acordo com Boris Fausto, “teve também papel significativo um livro escrito pelo intelectual francês Régis Debray, que esteve na Bolívia por ocasião da tentativa frustrada de Che Guevara de aí implantar uma guerrilha. O livro *Revolução na Revolução*, publicado em 1967, defendia a ideia de que, nas condições do mundo contemporâneo, o papel dos partidos e das classes sociais na construção de um movimento socialista revolucionário deveria ser revisto. Esse movimento só poderia ter possibilidades de êxito a partir de um grupo armado que se instalasse em um ponto de um país – o chamado foco –, e a partir daí se irradiasse através de suas ações até alcançar o apoio das classes dominadas” (Fausto, 2009:478, grifo do autor).

¹⁴⁶ Os demais se instalaram na Serra do Caparaó (MG) e no Vale do Ribeira (SP).

¹⁴⁷ Em sua maioria, ligados ao Partido Comunista do Brasil (“PC do B”).

do país; um processo em linha com a concepção gradualista de democratização e com as “experiências ideias” dos manuais de ciência política, isto é, um processo com etapas ou estágios que, supostamente, abririam caminho para a resolução de problemas que atingem alguns processos de democratização:

No Brasil, [...] o presidente Geisel determinou que a mudança política seria “lenta, gradual e segura”. O processo começou ao final do governo Médici, em 1973, continuou nos governos de Geisel e de Figueiredo, saltou à frente com a instalação de um presidente civil em 1985 e culminou com a adoção de uma nova Constituição em 1988 e com a eleição popular do presidente em 1989. Aos movimentos em prol da democratização decretados pelo regime, intercalaram-se ações destinadas a tranquilizar [sic] os militares e civis de linha-dura. Com efeito, os presidentes Geisel e Figueiredo seguiram uma política de dois passos à frente, um passo atrás. O resultado foi uma democratização vagarosa, na qual o controle do governo sobre o processo jamais foi seriamente ameaçado (Huntington, 1994:129).¹⁴⁸

Imbuídos desse espírito, isto é, visando à superação do comando militar, foi providenciada, a partir de 1979, a organização de quatro novos partidos: o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (“PMDB”), liderado por Ulysses Guimarães,¹⁴⁹ o Partido Trabalhista Brasileiro (“PTB”), agremiação derivada do antigo partido populista dos anos 1950 e 1960; o Partido Democrático Trabalhista (“PDT”), de Leonel Brizola; e o Partido dos Trabalhadores (“PT”), organizado pelas novas lideranças sindicais, dentre as quais se destaca Luís Inácio da Silva.¹⁵⁰

Mas a verdade é que era preciso um pouco mais do que mera disposição política para colocar o plano castelista em prática. Com efeito, a tão aguardada abertura política contava com duas importantes limitações: uma atinente à política econômica, que deveria permanecer em associação com o capital estrangeiro, e outra referente à apuração dos excessos cometidos durante o período de combate às guerrilhas. Com efeito, uma das providências somada ao conjunto de medidas adotadas foi a aprovação da então bastante festejada “Lei da Anistia”

¹⁴⁸ Note-se que, enquanto alguns estudiosos, seguindo o caminho de Huntington, optam por conferir especial destaque à resistência militar, relativamente às exigências da oposição para a eleição direta de 1985, outros afirmam que os militares chegaram, sim, a perder o controle sobre o processo de transição, a partir das greves e da mobilização popular organizadas no fim da década de 1970.

¹⁴⁹ Trata-se do antigo MDB. A nova lei de organização partidária, que extinguiu o MDB e a Arena, obrigou as novas organizações partidárias a assumir a designação “partido”. Estrategicamente, cientes do apoio de que gozavam contra o Arena, os dirigentes do MDB apenas acrescentaram a palavra “partido” à sigla anterior.

¹⁵⁰ Na realidade, pode-se dizer que o retorno ao pluripartidarismo foi mais uma tentativa de conter a concentração do poder político com a oposição, do que propriamente abrir caminho à democratização, pois, interessantemente, a legislação eleitoral aprovada em 1985 havia se convertido em uma armadilha contra os militares.

(Lei nº 6.683/79), que concedeu anistia a todos (daí a expressão “anistia ampla e irrestrita”) aqueles que haviam cometido crimes políticos ou conexos com estes, durante o período compreendido entre os anos de 1964 e 1985.

Durante o ano de 1983 e em ritmo de abertura, o Partido dos Trabalhadores formulou uma campanha pela realização de eleições diretas para a escolha do sucessor de Figueiredo, que fora eleito Presidente de forma indireta, em 1978. A campanha das “Diretas já”, que chegamos a mencionar alhures, ganhou o apoio dos membros dos principais partidos e hoje pode ser caracterizada como uma das principais expressões de mobilização popular já ocorridas no país:

A campanha das “diretas já” expressava ao mesmo tempo a vitalidade da manifestação popular e a dificuldade dos partidos para exprimir reivindicações. A população punha todas as suas esperanças nas diretas: a expectativa de uma representação autêntica, mas também a resolução de muitos problemas (salário baixo, segurança, inflação) que apenas a eleição direta de um presidente da República não poderia solucionar (Fausto, 2009:509).

Entretanto, havia uma grande distância entre essas manifestações de rua e o Congresso, que ainda contava com maioria do Partido Democrático Social (“PDS”),¹⁵¹ de modo que a alteração constitucional não foi aprovada.

A rejeição gerou profunda frustração em todo o país, mas o trabalho conjunto produziu um importante legado: a união dos partidos para as eleições indiretas previstas para janeiro de 1985. A batalha, então, fixou-se no Colégio Eleitoral.

Três figuras despontaram como possíveis candidatos do PDS: o então Vice-Presidente, Aureliano Chaves; o Ministro do Interior, Mário Andreazza (Coronel do Exército); e Paulo Maluf. Maluf conseguiu ser candidato, mas a sua vitória provocou um momento delicado de dissidência no partido, que redundou na criação de um novo partido, o Partido da Frente Liberal (“PFL”).

Fruto da aliança entre o PFL e o PMDB, que haviam se aproximado, foi criada a Aliança Democrática, em oposição a Maluf. A aliança indicou Tancredo Neves para a Presidência e, com muita resistência, José Sarney para a Vice-Presidência.¹⁵²

¹⁵¹ Partido de apoio do governo que substituiu a Arena.

¹⁵² Sarney era visto com muitas reservas pelo PMDB, pois havia sido uma das principais figuras políticas dentro do PDS, e a sua agenda pouco ou nada tinha a ver com a bandeira da democratização. Não obstante, em razão do acordo com o PFL, acabou cedendo à sua candidatura – certamente porque, à época, os seus dirigentes não anteciparam os efeitos que decorreriam dessa concessão.

Conquanto se tratasse de uma eleição indireta, Tancredo apareceu na televisão e realizou vários comícios, conquistando prestígio e amplo apoio popular. Em 15 de janeiro de 1985, o Colégio Eleitoral lhe atribuiu a vitória, e, por caminhos no mínimo complicados, teve início uma nova época no país.

Para completar esse cenário político de intensa disputa e aguda fragilidade, o primeiro presidente civil eleito após a ditadura nem chegou a tomar posse. Depois de uma viagem ao exterior, Tancredo foi internado às pressas em um hospital em Brasília e submetido a sucessivas operações. Nesse ínterim, assumiu o governo o seu vice na chapa “mista”, José Sarney, em uma situação que se julgava transitória.

Com a morte de Tancredo, pelos termos constitucionais, o Presidente da Câmara dos Deputados, o então Deputado Federal Ulysses Guimarães, deveria assumir a Presidência da República e convocar novas eleições. Entretanto, os militares vetaram o nome de Ulysses e apoiaram a assunção do cargo por José Sarney (Zaverucha, 2010:44). Aparentemente, com a finalidade de evitar um mal maior, contornou-se a situação pela via da inconstitucionalidade.

Rumores dão conta de que foi assim o fim da ditadura civil-militar.

3.1 Os Reflexos de uma Transição Negociada

Para Linz e Stepan (1999:204), a transição para a democracia no Brasil teve início com a posse de Geisel na presidência, em 15 de março de 1974, e se completou com a posse do primeiro Presidente eleito diretamente, em 15 de março de 1990. Todavia, há quem estabeleça como marco final as eleições indiretas de 1985 ou, ainda, a promulgação da Constituição Republicana de 1988. Segundo Huntington (1994:130), “não houve, de fato, nenhum corte claro; a característica da transformação brasileira é ser virtualmente impossível dizer-se em que ponto o Brasil deixou de ser uma ditadura e tornou-se uma democracia”.

Entretanto, não restam dúvidas de que a convocação da Assembleia Nacional Constituinte, viabilizada pela anistia e pela eleição de um candidato civil à Presidência da República, um dos fatos mais importantes no período de transição política. De fato, o seu produto, isto é, o novo texto constitucional, revelou-se um maná em meio ao deserto ou, pelo menos, uma fonte de esperança, como se dele pudesse emanar algum efeito divinal, capaz de aliviar o anseio por um novo país. “Esta Constituição terá cheiro de amanhã, não de mofo”,

bradou Ulysses Guimarães no discurso “A Constituição Cidadã”, em 27 de julho de 1988. De fato, a assertiva sintetizava o espírito preponderante à época: para muitos, a Constituição do “novo Brasil” foi o momento de coroamento da democracia e simbolizou o fim do arbítrio e da precariedade jurídica que grassaram durante a ditadura.

A questão que nos cabe hoje, vinte e seis anos depois da sua promulgação, é se podemos considerar o seu produto satisfatório, à luz do conjunto de reformas institucionais requeridas pela justiça de transição, e, caso negativo, a razão do seu insucesso.

Com efeito, foi por meio da Emenda Constitucional nº 26 que, em 27 de novembro de 1985, os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal foram convocados para se reunirem em Assembleia Constituinte. Além do questionamento em torno do fato de haver entre os Parlamentares designados para a sua composição, alguns que haviam sido eleitos ainda sob a égide do regime anterior (os Parlamentares “biônicos”),¹⁵³ levantou-se (e ainda persiste) no meio doutrinário a controvérsia sobre o engajamento do povo brasileiro na formação do texto aprovado.

E essa não é questão de somenos: para além de representar a lei fundamental de um país, o centro de seu ordenamento jurídico, a fonte da qual derivam todas as normas, a Constituição deve espelhar o compromisso de um povo a respeito de valores, princípios e opiniões, compartilhados entre os seus membros. Quando não constatado o seu envolvimento, seja de forma direta ou mediante representação, comprometido está automaticamente o simbolismo da transição na vida política da nação e, por conseguinte, a confiança na inauguração de uma nova ordem jurídica.

Com efeito, quando a transição tem origem em cenários mais enérgicos, como os de uma revolução, por exemplo, a anuência popular quase sempre salta à vista. Ocorre que essa necessária disposição popular em prol de uma realização comum nem sempre resta tão evidente. No caso do Brasil, como vimos, não houve um rompimento radical.

De um lado, há quem reconheça uma ampla mobilização popular e enalteça o caráter plural de que se viu cercada a condução dos trabalhos da Constituinte. Segundo esses estudiosos, o novo regime para o qual se direcionou o Brasil incutiu a necessidade de firmar as bases do ordenamento jurídico em uma nova Constituição que fosse reflexo das diferentes vertentes ideológicas em que fundado o Estado brasileiro:

¹⁵³ O ideal seria haver uma clara separação entre o Poder Constituinte e o Poder Legislativo, com a eleição de representantes eleitos com o fim específico de formular uma nova constituição (Barroso, 2008:32). Entretanto, com receio de perderem o controle das futuras decisões, os militares se opuseram a uma Assembleia Nacional Constituinte e estipularam a instauração de um Congresso Constituinte (Zaverucha, 2010:44).

[...] foi montada logo ao início das atividades da Assembleia Nacional Constituinte, em 1º de fevereiro de 1987, estrutura singela, mas eficiente, composta de subcomissões e comissões temáticas, como fóruns de debates e de negociação. Tinha-se com isso um conjunto de núcleos aptos a dar visão abrangente da realidade brasileira. A partir deles, dispunha-se de suporte aos debates específicos que iriam se seguir, conducentes à redação dos artigos e seus consectários legais. Como resultado, temos hoje documento de marcante sincretismo e pluralismo, no qual se podem entrever os mais distintos segmentos sociais, com as diversas partes que compõem o todo social e fazer refletir diferentes clivagens ideológicas (Cabral, 2009:4).

Outros, bem mais céticos, chegam a enxergar nos bastidores da Constituição de 1988 a continuidade de uma política oligárquica que acompanha a história brasileira desde os primórdios de sua existência. Para Fábio Konder Comparato, por exemplo, a promulgação do novel diploma, tal como a Declaração de Independência e a Proclamação da República, fez-se de forma alheia à vontade e aos interesses do povo.

Já Carlos Ari Sundfeld, em tom deveras crítico, chega a atribuir ao texto constitucional de 1988 a alcunha de “constitucionalismo chapa-branca”, vez que “destinado a *assegurar posições de poder a corporações e organismos estatais ou paraestatais*” (2009:15). Para o autor, mais do que pretender resguardar garantias do cidadão frente ao Estado, o conteúdo da Constituição de 1988 visava defender determinados organismos e corporações.

O raciocínio é no sentido de que, ao contrário da Revolução Americana (1775-1783), que se pautou na ideia do pacto social de Locke,¹⁵⁴ a transição no Brasil seguiu a lógica da ruptura francesa, de mera substituição da titularidade do poder¹⁵⁵ – que, no fim das contas, não resultou em substituição alguma (García de Enterría, 2003:13). Daí o fato de inúmeros princípios fundamentais da República, da democracia e do Estado de direito, na prática, permanecerem amplamente inaplicados.

É certo que, por mais que se possa alegar ser impossível compatibilizar os interesses multitudinários em jogo ou saber até que ponto a decisão final foi manipulada, não se pode negar que determinados segmentos, por serem mais bem aparelhados, prevaleceram em detrimento de setores marginalizados. Neste sentido, policiais, fiscais tributários, militares, juízes, membros do Ministério Público, advogados públicos, defensores, professores de

¹⁵⁴ O pacto social de Locke seria um “*pactum libertatis*” por meio do qual o Homem se submeteria voluntariamente às leis que regem as relações em sociedade, com o objetivo de preservar e ampliar a sua própria liberdade.

¹⁵⁵ Não por outro motivo, o tema central do processo constituinte francês foi justamente a ideia de poder constituinte originário, desenvolvida no opúsculo “*Qu’est-ce que le Tiers-État?*”, do abade Sieyès. Com efeito, desde que se consolidou a teoria da soberania popular, após centenas de anos e inúmeros rudimentos teóricos, a noção do povo como titular de um poder insubordinado e absolutamente livre se tornou pedra angular das democracias moderna e contemporânea, e um dos pilares do novo constitucionalismo.

universidades oficiais, profissionais de saúde pública, etc., de fato, receberam uma atenção “primária” da Constituição de 1988 (Sundfeld, 2009:15).

Mas, certamente, de todos esses grupos beneficiados, o que normalmente inspira mais preocupação é o círculo dos militares. Veja: no mundo inteiro a relação entre os poderes civil e militar se representa por uma relação vertical, com a supremacia do poder político sobre as instituições castrenses. O problema reside em que, como são consideradas instituições a serviço da nação, e, em último grau, a serviço do Estado, às vezes as Forças Armadas acabam não se considerando tutelados pelo governo, mas ao contrário, pelo Estado, assumindo a posição de legítimos intérpretes dos interesses nacionais, em detrimento das instituições políticas, que encaram como temporárias (Rocha, 2008:825).

No Brasil, foi assim durante a ditadura e, de certa forma, continuou a ser assim depois. Na medida em que os reformadores eram mais fortes do que os conservadores, e o governo, mais forte do que a oposição, o novo regime acabou encontrando sua gênese no regime militar que se esgotava.¹⁵⁶ A nova Constituição, de fato, descentralizou poderes, alargou o rol de direitos e estabeleceu importantes benefícios sociais. Não obstante, embora se reconheça que muitos temas passaram a receber um tratamento progressista, uma parte importante do novo texto constitucional simplesmente permaneceu idêntica à Constituição autoritária de 1967 (e à sua emenda de 1969). Não houve espaço – antes, durante ou depois dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1988 – para discutir a fundo o controle das Forças Armadas pelos civis, pois os militares conseguiram articular os seus mais altos escalões em torno das lideranças dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, para ver os seus interesses preservados.

De acordo com Rocha (2008:286), a despeito da atuação das esquerdas, nas relações com o parlamento, os militares conduziram um poderoso e eficiente *lobby* junto às Casas do Congresso, especialmente durante os trabalhos da Assembleia Constituinte. Segundo informa Zaverucha (2010:45), as Forças Armadas nomearam treze oficiais superiores para realizar *lobby* pelos interesses militares, chegando a levar congressistas para visitas a instalações militares em todo o país. Com efeito, duas das mostras mais contundentes da baixa ingerência civil e popular na formação da nova ordem constitucional foram dadas a conhecimento pelo Deputado Ulysses Guimarães:

¹⁵⁶ Donde se dizer que o processo de redemocratização no Brasil começou com uma “liberalização por cima” e foi encerrado com uma transição por transformação (v. *supra*), um acordo explícito entre um determinado grupo de atores, que desejava definir regras para governar o exercício do poder com base em garantias mútuas.

Ele [Ulysses] explicou por que não disputou com José Sarney o direito de substituir o presidente Tancredo Neves, que faleceu antes de tomar posse: “Eu não fui ‘bonzinho’ coisa nenhuma. Segui as instruções dos meus juristas. O meu ‘Pontes de Miranda’ estava lá fardado e com a espada me cutucando que quem tinha de assumir era o Sarney”. O “Pontes de Miranda” chamava-se general Leônidas Pires Gonçalves, ministro do Exército no governo Sarney.

O general Leônidas não ficou apenas nesta clarinada. Por exemplo, o coronel do Exército Sebastião Ferreira Chaves, ex-secretário de Segurança Pública do governador paulista Abreu Sodré nos anos 1970, já naquela época constatou que a Polícia Militar agia com base na violência e a Polícia Civil perdera a capacidade de investigação. Diante disso, tentou convencer o deputado Ulysses Guimarães, então presidente do Congresso Nacional, a mudar o sistema policial na Constituição de 1988, sugerindo, entre outras medidas, a extinção das Polícias Militares. Ulysses disse a Chaves “que já não podia mudar nada porque tinha um compromisso com o general Leônidas” (Zaverucha, 2010:50).

Outrossim, o que se viu com a abertura democrática foi que os militares mantiveram bastante prestígio e influência no trato com os Presidentes da República, que assumiram posturas conciliatórias, não alterando de modo significativo o *status quo* dos militares e das suas instituições. Fernando Henrique Cardoso e Luiz Inácio Lula da Silva, dois presidentes que foram ferrenhos opositores da ditadura civil-militar, não procuraram desafiar a essência do poder militar durante os seus respectivos governos. Lula, por exemplo, mudou claramente de tom em relação à Constituição de 1988, quando se tornou presidente da República. Em 22 de setembro de 1988, quando era deputado federal e constituinte, afirmou que

os militares continuam intocáveis, como se fossem cidadãos de primeira classe, para, em nome da ordem e da lei, poderem repetir o que fizeram em 1964. [...] E o Partido dos Trabalhadores [...] vem aqui dizer que vai votar contra esse texto, exatamente porque entende que, mesmo havendo avanços na Constituinte, a essência do poder, a essência da propriedade privada, a essência do poder dos militares continua intacta nesta Constituinte (Zaverucha, 2010:68).

De fato, o PT, enquanto partido de oposição, chegou a apresentar três projetos para tentar abolir a Lei de Segurança Nacional (Lei n 7.170/83). Entretanto, nenhum deles foi desengavetado quando o PT se tornou situação.

No que concerne ao Poder Judiciário, pode-se dizer que, já no período que antecedeu a Assembleia Nacional Constituinte, o Supremo Tribunal Federal começou a ser manejado para limitar o seu escopo, impedindo a reorganização política e conservando parte do autoritarismo do governo anterior. Daí o fato de o Tribunal ter sido convocado diversas vezes pela ala conservadora, durante os trabalhos da Assembleia, para se manifestar sobre temas polêmicos, como, por exemplo, sobre as relações entre o Poder Constituinte e os Poderes Constituídos, as regras internas da Assembleia e a duração do mandato do Presidente José Sarney.

Enquanto militares tencionavam fazer um uso estratégico do STF para bloquear decisões que consideravam indesejáveis, ao firmar uma aliança com os militares, os Ministros que então compunham o quadro do órgão de cúpula do Poder Judiciário pretendiam a manutenção institucional do Tribunal.

E esse cenário conservador ainda se estendeu por algum tempo depois da promulgação da nova Constituição, uma vez que, ao interpretar determinados dispositivos do novo texto constitucional (como, por exemplo, sobre o mandado de injunção e o habeas data), o Tribunal continuou assumindo uma perspectiva de continuidade política do regime anterior (Freitas e Koerner, 2013:178). Na prática, apesar da ruptura simbólica viabilizada pela Constituição de 1988, o que presenciamos, durante muitos anos, foi um STF acuado. O contrário do que normalmente se esperaria diante de um “novo recomeço”:

O cenário do novo “recomeço” sugere uma nova e diferente orientação judicial. Nesse momento, o Tribunal busca demonstrar que os compromissos solenes assumidos pelo povo na sua Constituição não são meramente promessas teóricas que podem ser convenientemente deixadas de lado pelos porta-vozes do poder. Devido a essa aspiração, o Tribunal redimível não se constrange quanto à necessidade de estabelecer princípios constitucionais genéricos e defendê-los de modo que sejam apreciados pelo cidadão comum. Ao contrário, essas decisões dramáticas determinam que o novo “recomeço” não seja uma política retórica vazia, mas uma realidade viva da vida social (Ackerman, 2006:xlix).

Foi assim que, apesar das profundas marcas deixadas pelos longos anos de ditadura no Brasil, os militares conseguiram garantir inúmeras prerrogativas: praticamente tudo o que interessava lhes foi concedido. A começar pela anistia aos crimes políticos, concedida ainda durante regime militar, mas passando por inúmeras outras vantagens. Por exemplo: (i) de acordo com o disposto no artigo 142, *caput*, da nova Constituição,¹⁵⁷ as Forças Armadas garantem os poderes constitucionais, a lei e a ordem. Neste sentido, havendo confronto entre os poderes constitucionais instituídos, os militares são encarregados de sua resolução, uma situação que contraria a premissa de que a força deve ser colocada a serviço do poder – e não o poder a serviço de quem tem mais força. O artigo também não especifica se está a falar de uma ordem política, social ou moral, o que certamente confere um poder de ação discricionário e imprevisível à bancada castrense; (ii) ao contrário do que ocorre na maioria dos países democráticos, o Congresso não participa da promoção de oficiais-generais. De

¹⁵⁷ “Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.” (grifo nosso)

acordo com o artigo 84, inciso XIII, da nova Constituição,¹⁵⁸ compete ao Presidente da República promover os oficiais-generais. Só que, na prática, o que ocorre é o seguinte: o Alto Comando militar envia ao Presidente da República uma lista com os nomes dos candidatos à promoção, que simplesmente a chancela; (iii) as Forças Armadas são as principais responsáveis pela segurança do Presidente e do Vice-Presidente da República; (iv) os militares continuam controlando as principais agências de inteligência, com parca fiscalização parlamentar; (v) a Polícia Militar e os Bombeiros se encontram sob parcial controle das Forças Armadas; (vi) segundo o disposto no artigo 5º, inciso LXI, da nova Constituição,¹⁵⁹ os militares podem prender (civis ou militares) sem mandado judicial e sem flagrante delito nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar; (vii) conforme dispõe o artigo 9º, incisos I e III, do Código Penal Militar (Decreto-lei n. 1.001/69),¹⁶⁰ um diploma outorgado na fase mais repressiva da ditadura civil-militar brasileira, é possível que civis sejam julgados por tribunais militares; (viii) conforme disposto no artigo 1º, *caput*, da Lei n. 5.658/71,¹⁶¹ as Forças Armadas podem proceder à venda ou permuta de bens imóveis da União, de qualquer natureza, sob seu controle; quando, em regra, de acordo com o artigo 17, inciso I, da Lei n. 8.666/93,¹⁶² para órgãos da administração direta, a venda de bens públicos imóveis reclama

¹⁵⁸ “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: XIII - exercer o comando supremo das Forças Armadas, nomear os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos;”

¹⁵⁹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;”

¹⁶⁰ “Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz: I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial; III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, *ou por civil*, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos: a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar; b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo; c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras; d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele [sic] fim, ou em obediência a determinação legal superior.” (grifo nosso)

¹⁶¹ “Art. 1º Os Ministérios da Aeronáutica e da Marinha são autorizados a proceder à venda ou permuta de bens imóveis da União, de qualquer natureza, sob suas jurisdições, cuja utilização ou exploração não atenda mais às necessidades da Marinha e da Aeronáutica.”

¹⁶² “Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, *subordinada à existência de interesse público devidamente justificado*, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: I - *quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e*

interesse público devidamente justificado, avaliação prévia e autorização legislativa; (ix) na prática, a política salarial do militar é similar à existente durante o regime autoritário; e (x) os militares continuam presentes em áreas de atividade econômica civil (indústria espacial, navegação, aviação, etc.).

Com efeito, embora sejam óbvias as implicações desastrosas de fontes institucionais fracas, decorrentes da relação entre segurança militar, legitimidade e autoridade, ainda é incipiente o debate em torno da desmilitarização da justiça e da segurança pública no Brasil.

Ainda hoje, qualquer pessoa acusada de cometer crimes contra militares ou instituições militares é julgada por um tribunal militar, em manifesta oposição aos princípios da separação de poderes e da imparcialidade. Em suma, pode-se dizer que a Justiça Militar continua defendendo precipuamente os interesses das Forças Armadas. Com efeito, além do Chefe das Forças Armadas ser também o Chefe do Executivo (o que o torna, por extensão, chefe dos juízes militares), quando um civil é acusado de crime militar, ele é julgado em primeira instância pela Justiça Militar da União, composta por cinco juízes (quatro militares da ativa, sem exigência de formação jurídica; e um civil concursado, com formação jurídica). Depois de prolatada a sentença, pode ser proposto um recurso pela parte vencida, que será analisado pelo Superior Tribunal Militar, composto por quinze juízes (dez militares da ativa, de alta patente, sem exigência de formação jurídica; cinco civis concursados, com formação jurídica).

Em paralelo, a presença militar na segurança pública não só existe, como também é crescente. Diz-se, inclusive, que a polícia brasileira comete mais homicídios e crimes de tortura hoje do que durante o período da ditadura: “Décadas de práticas abusivas impunes fizeram das polícias brasileiras um verdadeiro educandário a reproduzir indefinidamente a formação de ‘maus elementos’” (Kehl, 2010: 130).

Normalmente, os novos governantes se preocupam em tirar das Forças Armadas o controle da polícia: “O objetivo é tornar nítida a separação de suas funções: a polícia é responsável pela ordem interna, ou seja, pelos problemas de segurança pública, enquanto os militares federais se encarregam dos problemas externos, leia-se, da guerra” (Zaverucha, 2000:42). Entretanto, a Constituição de 1988 não parece ter observado essa necessária separação: além de, tanto os membros das Polícias Militares quanto dos Corpos de Bombeiros, possuírem o status de servidores públicos militares, as PMs utilizam o modelo de batalhões de infantaria do Exército, são regidas pelo Código Penal e de Processo Militar das

fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, [...]”

Forças Armadas, detêm um regulamento disciplinar bastante similar ao regulamento disciplinar do Exército, possuem serviços de inteligência (P-2s) que integram o sistema de informações do Exército e são controladas pela Inspetoria Geral das Polícias Militares (que continua vinculada ao Comando do Exército).

Não bastasse isso, o Congresso brasileiro vem conferindo poderes de policiamento ostensivo ao Exército, de modo que, paulatinamente, as competências das polícias lhe vão sendo transferidas. Chega a ser curiosa a presença militar em áreas urbanas, onde se prolifera, quando a maior fonte de ameaça à soberania nacional se encontra na região amazônica, que desloca poucas unidades.

Há relatos no sentido de que, após a reformulação das políticas de segurança pública e o início da ocupação militar em espaços urbanos, os cidadãos das comunidades “pacificadas” passaram a conviver com militares que, cientes do corporativismo que os protege, costumam atuar de forma truculenta e arbitrária: “Fui colocado de frente para uma parede para ser revistado e, do nada, levei uma coronhada. [...] Fui levado para a base do Exército, e levei quatro pontos na cabeça. Para justificar o curativo, eles inventaram que eu os desacatei. Mas não fiz nada.”, contou Marcelo P. da Silva, de 18 anos (v. “*No Alemão, Exército prende por desacato 60% do número de presos pelas Polícias em todo o Estado pelo mesmo crime*”, Extra). Segundo levantamento do Jornal Extra realizado em 2011, 60% do quantitativo de presos por desacato no Rio de Janeiro foi apreendido pelo Exército que ocupa o Complexo do Alemão. Parece não haver dúvidas de que inspiram mais insegurança do que segurança.

O estudo das relações civil-militares deveria ser realizado com base em duas variáveis: o grau e abrangência das prerrogativas militares e o nível de contestação militar às ordens civis (Zaverucha, 2000:35). *Altas prerrogativas e um nível de contestação alto* significam a ausência de controle civil democrático sobre os militares, tanto de fato quanto de direito, e uma situação praticamente insustentável para os líderes democráticos. Ao contrário, *baixas prerrogativas e um nível de contestação baixo* significam um efetivo controle civil democrático sobre os militares. *Baixas prerrogativas e um nível de contestação alto* implicam, por sua vez, uma posição insustentável para líderes militares; enquanto *altas prerrogativas e um nível de contestação baixo* implicam o que Stepan chama de “acomodação civil desigual”, uma situação que pode gerar instabilidade política quando e se o governo decidir erradicar tal estrutura. Neste último cenário, a ausência de contestação militar pode ser uma evidência da sua permanência na participação da tomada de decisões políticas.

Segundo avaliação de Stepan, esta última é a combinação que melhor descreve a realidade brasileira. Como regra, costuma-se afirmar que, desde o restabelecimento democrático no Brasil, os militares tem se subordinado à tutela do poder político. Isso porque não haveria no meio castrense qualquer foco aparente de chama revolucionária, e as poucas reações às prerrogativas militares surgiram de forma localizada: a criação do Ministério da Defesa, o emprego das Forças Armadas em missão de polícia e na remoção dos arroteiros em Roraima, o episódio dos controladores de voo, a política adotada para a ocupação da Amazônia e manifestações ideológicas de setores do governo buscando revolver o passado dos governos militares (Rocha, 2008:825). Não obstante, segundo Zaverucha (2012:71), “esta acomodação pode dar a falsa impressão de que os militares estão nos quartéis cumprindo eminentemente suas funções profissionais. Mas é exatamente o contrário. Mostra como os militares são atores políticos relevantes e continuam a ser temidos”.

3.2 Um Desacordo Transnacional: Entre “a Paz” e “a Justiça”?

Certamente o enfrentamento mais claro entre os militares e o quadro político atual se deu com a rediscussão da anistia concedida àqueles, por ocasião do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, e, mais recentemente, por intermédio da submissão do caso da Guerrilha do Araguaia à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Neste sentido, com o objetivo de compreender as razões do convencimento dos julgadores em cada caso, a presente seção procederá a uma breve exposição da controvérsia, nos dois planos em que a mesma se desenvolve: o interno e o internacional.

Em nível doméstico, serão examinadas as alegações aduzidas pelo Conselho Federal da OAB na ADPF nº 153, com fulcro nos artigos 102, parágrafo 1º, e 103, inciso VII, ambos da Constituição Federal de 1988, requerendo a declaração de não recepção do parágrafo 1º, do artigo 1º, da Lei n. 6.683/79 (Lei da Anistia)¹⁶³, pela Constituição de 1988; bem como a decisão de improcedência do pleito, proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

¹⁶³ “Art. 1º. É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. §1º Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.”

No plano internacional, por sua vez, serão analisadas as solicitações encaminhadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos à Corte Interamericana de Direitos Humanos, e a sentença prolatada por esta última, reconhecendo a responsabilidade estatal no caso *Gomes Lund e Outros versus República Federativa do Brasil* (caso “Guerrilha do Araguaia”).

Note-se, por oportuno, que a escolha pelo estudo que contempla ambos os planos não se deu de forma aleatória. De fato, evidencia-se um profundo desacordo entre as decisões emanadas pelo órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro e a Corte Interamericana, não só no que tange ao mérito relacionado ao caso, mas também no que se refere à competência de cada uma das Cortes para julgá-los:

Continuando na breve incursão sobre temas pontuais relevantes, se aos tribunais supremos ou aos constitucionais nacionais incumbe o controle de constitucionalidade e a última palavra judicial no âmbito interno dos Estados, à Corte Interamericana de Direitos Humanos cabe o controle de convencionalidade e a última palavra quando o tema encerre debate sobre direitos humanos. É o que decorre do reconhecimento formal da competência jurisdicional da Corte por um Estado, como o fez o Brasil (*Corte IDH. Gomes Lund e Outros vs. Brasil. Voto fundamentado do juiz ad hoc Roberto Caldas, 2010:3*).

[...] e, em terceiro lugar, conjurando o fantasma da condenação pela Corte Interamericana, a exemplo do precedente *Arellano x Chile*, a autoridade de seus arestos foi por nós reconhecida plenamente em 2002 (Dec. n. 4.463, de 8 de novembro de 2002) porém apenas “para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998” (STF. Acórdão ADPF nº 153, 2010:37).

Com efeito, a celeuma instaurada no Brasil reflete a controvérsia analisada na segunda parte deste trabalho, por ocasião da crítica ao modelo de justiça de transição das primeira e terceira fases e da análise da relação entre direito e moral no contexto da justiça de transição. Embora tal controvérsia não apareça em nenhuma das duas decisões de forma manifesta, a disputa entre a prevalência de uma ou outra se resume, em suma, a uma disputa sobre meios e fins. No caso em tela, a divergência parece ter origem em uma suposta tensão entre o princípio da justiça substantiva (o suposto “dever de punir”, corolário da moral) e o princípio da segurança jurídica (de modo mais específico, o princípio da proteção à confiança legítima). A dúvida reside basicamente em se o novo regime possui ou não a obrigação moral de punir os transgressores do regime anterior, independentemente da concessão da anistia. Para o STF, até o momento,¹⁶⁴ o entendimento majoritário é no sentido de que inexistente tal obrigação; para

¹⁶⁴ O processo da ADPF nº 153 ainda se encontra em curso perante o STF, com a pendência de embargos de declaração opostos pelo Conselho Federal da OAB. Ademais, o STF recebeu uma nova arguição (ADPF nº 320), ajuizada pelo PSOL, com o propósito de que a Lei da Anistia não seja aplicada aos crimes de graves violações de

a Corte Interamericana, ao contrário, tal obrigação seria inexorável e até mesmo imprescritível.

3.2.1 O Supremo Tribunal Federal e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153¹⁶⁵

Ausentes os Ministros Joaquim Barbosa, licenciado, e Dias Toffoli, impedido, e vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Ayres Britto,¹⁶⁶ o Tribunal, por maioria, julgou improcedente a arguição, nos termos do voto do Relator, Ministro Eros Grau. Por essa razão, além dos argumentos trazidos à baila pela arguente, optamos por selecionar os principais argumentos utilizados pelo Relator para rechaçar o pedido constante da arguição. Neste sentido, abordaremos os seguintes tópicos: (i) a conexão entre crimes comuns e crimes políticos; (ii) o acordo político consubstanciado na Lei da Anistia; e (iii) a existência de tratados internacionais que vedam a concessão de anistia a crimes de tortura.

Com efeito, a arguente nega a conexão entre os crimes cometidos pelos militares durante o regime e os crimes efetivamente alcançados pela Lei da Anistia. Aduz que o parágrafo 1º, do artigo 1º, da Lei n. 6.683/79 “foi redigido intencionalmente de forma obscura, a fim de incluir sub-repticiamente, no âmbito da anistia criminal, os agentes públicos

direitos humanos cometidos por agentes públicos, nem que beneficie autores de crimes continuados ou permanentes.

¹⁶⁵ É preciso esclarecer que as decisões serão analisadas obedecendo à cronologia. Desse modo, como a decisão do STF foi prolatada em abril de 2010, e a sentença da Corte Interamericana data de novembro do mesmo ano, daremos início ao estudo pela análise da decisão da Corte brasileira.

¹⁶⁶ O Ministro Ricardo Lewandowski julgou a arguição parcialmente procedente, para excluir o automatismo na aplicação do benefício, como se pode verificar em excerto do acórdão: “[...] os votos dos eminentes Ministros Eros Grau e Cármen Lúcia entenderam que os agentes públicos que atuaram na época do regime autoritário estavam todos automaticamente de forma indistinta e genérica incluídos pela Lei da Anistia. Eu estou dizendo que, segundo o que eu entendo, esse automatismo não existe, que será possível abertura de eventual persecução penal contra esses agentes se o juiz ou o tribunal, numa ponderação feita caso a caso, chegarem à conclusão, pelos critérios de preponderância e atrocidade dos meios, segundo a qual, uma [sic] determinada situação preponderaram os crimes comuns” (STF. Acórdão ADPF nº 153, 2010:132). O Ministro Carlos Ayres Britto, por sua vez, julgou a arguição parcialmente procedente, para excluir da anistia os crimes previstos no artigo 5º, inciso XLVIII, da Constituição. Neste particular, cabe notar que a opinião veiculada no voto do Ministro Ayres Britto, que chega a chamar o regime militar de “estado de exceção” (STF. Acórdão ADPF nº 153, 2010:138), contrasta, e muito, com o conteúdo de artigo acadêmico de sua autoria, publicado em 1977, no qual afirma a “coexistência, no Brasil, de dois ordenamentos jurídicos distintos. O de matriz Constitucional, de caráter permanente, mas com sua plenitude normativa condicionada ao retorno de uma situação político-social de inteira normalidade. O de berço institucional, de caráter transitório, mas vigorando enquanto não se completar o ciclo de institucionalização da Revolução Democrática de 31 de março de 1964” (1977:17, grifo nosso).

que comandaram e executaram crimes comuns contra opositores políticos ao regime militar” (STF. Petição Inicial ADPF nº 153, 2008:13).

A conexão e a continência são mecanismos de modificação da competência, inserindo-se, pois, em um contexto de dogmática processual. De acordo com o artigo 76 do Código de Processo Penal,¹⁶⁷ por conexão, especificamente, entende-se o nexa havido entre uma ou mais infrações quando estas se encontrarem ligadas por um vínculo que recomenda a junção dos processos, podendo apresentar-se de três formas: conexão intersubjetiva, conexão objetiva e conexão probatória (v. artigo 76 do Código de Processo Penal brasileiro).¹⁶⁸

Não obstante, segundo a arguente, a conexão criminal implicaria, necessariamente, uma identidade ou comunhão de propósitos. Note-se, pois, que a arguente restringe claramente as formas de conexão. No contexto em questão, a conexão abrangeria crimes políticos e, eventualmente, crimes comuns a eles ligados em função da comunhão de objetivos. Ademais, ainda de acordo com a mesma, não se poderia vislumbrar conexão entre os crimes cometidos por militares simplesmente porque nenhum deles teria atentado contra a ordem pública ou contra a segurança nacional – aliás, divergir deste entendimento implicaria negar-lhes o tão reivindicado título de “defensores da democracia”, ao qual alegam fazer jus.

No que concerne ao tema, o Ministro Eros Grau assinala em seu voto que a Lei 6.683/79 não lançou mão de um conceito rigoroso de conexão, mas, antes, de uma conexão *sui generis*, condizente com o momento histórico de transição para a democracia. Com efeito, o Relator ainda traz no bojo de seu voto uma crítica à expressão adotada no parágrafo 2º, do artigo 1º.¹⁶⁹ Segundo ele, melhor teria sido adotar a expressão “denunciados”, em lugar de “condenados”:

Esse significado, de conexão *sui generis*, é assinalado no voto do Ministro Decio Miranda no RHC n. 59.834: “não estamos diante do conceito rigoroso de

¹⁶⁷ “Art. 76. A competência será determinada pela conexão: I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras; II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas; III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.”

¹⁶⁸ A conexão intersubjetiva se subdivide em conexão por simultaneidade ou ocasional, conexão intersubjetiva por concurso e conexão intersubjetiva por reciprocidade. A conexão objetiva tem por subespécies a conexão objetiva teleológica (quando o fim de determinada prática criminosa é a facilitar a prática de outro crime) e a conexão objetiva consequencial (quando se visa a ocultar, garantir a impunidade ou vantagem de crime já praticado). Por fim, a conexão probatória ocorre quando a prova de uma infração interfere na prova de outra.

¹⁶⁹ “§ 2º - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.”

conexão, mas de um conceito mais amplo, em que o legislador considerou existente esta figura processual, desde que se pudesse relacionar uma infração com a outra.” Lembre-se bem o texto do preceito do §1º do artigo 1º: “Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política” (STF. Acórdão ADPF nº 153, 2010:26, grifo do Relator).

[...]

A verdade é que a anistia da Lei n. 6.6683/79 somente não foi totalmente ampla por conta do que o §2º do seu artigo 1º definiu, a exclusão, a ela, dos condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto [sic], sequestro e atentado pessoal (STF. Acórdão ADPF nº 153, 2010:28).

[...]

O projeto era injusto, pois beneficiaria os revéis, enquanto poderia manter no cárcere indivíduos menos responsáveis pelo mesmo delito, mas já condenados. A celeridade da Justiça, tão desejada por todos nós, segundo o projeto, era contra os réus. Os condenados não seriam anistiados, enquanto aqueles, cujos processos arrastavam-se na Justiça Militar, receberiam o benefício da **anistia** (STF. Acórdão ADPF nº 153, 2010:27, grifo do Relator).

Observe-se, portanto, que, ao invés de enveredar-se por uma análise conceitual do termo “conexão”, o STF, sob o argumento de que a Lei da Anistia não é uma “lei-norma”, mas uma “lei-medida”, concluiu que a mesma deve ser analisada sob a ótica da realidade havida à época de sua promulgação. Desconsiderar o fato de que a anistia consolidou a situação jurídica de todos os envolvidos com o regime militar, sendo, em função disso, fato consumado, é o mesmo que infringir o princípio da segurança jurídica, tão caro ao Estado Democrático 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. Para quem não viveu as jornadas que a antecederam ou, não as tendo vivido, não conheceu a História, para quem é assim a Lei n. 6.683 é como se não fosse, como se não houvesse sido (STF. Acórdão ADPF nº 153, 2010:34).

Vejamos agora o segundo item, referente à alegação de desrespeito aos princípios democrático e republicano, consubstanciado na ausência de acordo político para concessão da anistia. Com efeito, a alegação da arguente repousa sobre dois argumentos: em primeiro lugar, na carência de legitimidade democrática da Lei da Anistia, uma vez que a mesma fora votada por “Parlamentares biônicos” e sancionada por um General do Exército, alçado ao cargo de Chefe do Executivo por militares, e não pelo povo; em segundo lugar, não seria concebível, em um ambiente republicano e não autocrático, a concessão de auto-anistia, vez que tal concessão não observaria o interesse público, mas apenas o interesse de determinados particulares – em sua grande maioria, militares.

O voto do Ministro Eros Grau enfrenta, em diversas oportunidades, as questões ora assinaladas. De acordo com o Ministro, a Lei da Anistia foi, sim, alvo de um intenso debate político, conforme atestariam, por exemplo, trechos de depoimento de Dalmo de Abreu Dallari, prestado à Fundação Perseu Abramo: “Nós sabíamos que seria inevitável aceitar limitações e admitir que criminosos participantes do governo ou protegidos por ele escapassem da punição que mereciam por justiça, mas considerávamos conveniente aceitar essa distorção, pelo benefício [...]” (STF. Acórdão ADPF nº 153, 2010:22).

O Ministro Relator cita ainda Sepúlveda Pertence, antigo Ministro do STF, também perseguido durante o período da ditadura civil-militar: “Nem a repulsa que nos merece a tortura impede reconhecer que toda a amplitude que for emprestada ao esquecimento penal desse período negro de nossa História poderá contribuir para o desarmamento geral, desejável como passo adiante no caminho de democracia” (STF. Acórdão ADPF nº 153, 2010:35).

Não obstante isso, de acordo com o entendimento do Ministro, mesmo que se pudesse reconhecer a falta de acordo político em 1979, o mesmo não se poderia afirmar do pacto promovido pela Emenda Constitucional nº 26/85, que inaugurou uma nova ordem jurídica, ao convocar a Assembleia Nacional Constituinte que resultaria na Constituição de 1988. Com efeito, o artigo 4º da referida emenda repisa os mesmos ditames do já aludido artigo 1º da Lei da Anistia, *in verbis*:

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.

Portanto, poder-se-ia dizer que a anistia concedida pela Lei n. 6.683/79 fora confirmada pelo Poder Constituinte Originário da Constituição de 1988. Aliás, acrescente-se, por oportuno, que a referida emenda abrange inclusive os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto [sic], sequestro e atentado pessoal, uma vez que não lhes tomou em ressalva. Neste sentido, não seria adequado, ou melhor, seria atécnico discutir se a lei foi ou não recepcionada pela Constituição de 1988, uma vez que a própria Constituição previra, em seu exórdio, a confirmação do ato.

Por derradeiro, voltamo-nos ao deslinde do último item escolhido para este breve estudo: a existência de tratados internacionais que vedam a concessão de anistia a crimes de

tortura.¹⁷⁰ Além da controvérsia envolvendo a possibilidade de concessão de anistia a crimes de tortura, a arguente alega que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já negou efeitos, em pelo menos cinco casos, a auto-anistia criminal decretada por governantes.¹⁷¹

Todavia, consoante disposto no voto do Relator, a Lei da Anistia precedeu a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; a Lei n. 9.455/97, que define o crime de tortura; e o próprio inciso XLIII, do artigo 5º, da Constituição de 1988, que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática de tortura, dentre outros crimes. Neste sentido, segundo ele, em sinal de deferência ao princípio da anterioridade da lei penal, as condutas criminosas cometidas durante o período da ditadura não poderiam ser alcançadas pelos referidos diplomas legais. Mesmo porque, conforme já aventado alhures, estaríamos diante de uma “lei-medida”, vale dizer, de um fato consumado.

No que tange à vedação à auto-anistia pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, faz-se mister destacar que o direito brasileiro adotou a teoria dualista moderada, de tal maneira que os instrumentos normativos internacionais só adquirem força vinculante após um processo de internalização. Portanto, apenas em 1992, com a promulgação do Decreto n. 678/92, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos passou a vincular o Estado brasileiro;¹⁷² e, de semelhante modo, apenas em 2002, por meio da promulgação do Decreto n. 4.463/02, o Estado brasileiro veio a reconhecer a jurisdição da Corte Interamericana para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.¹⁷³ Isso significa, *a contrario sensu*, que a autoridade das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos não possui o condão de atingir a anistia concedida em 1979. Este, aliás, o posicionamento adotado pelo Ministro Eros Grau, ao reproduzir trecho de obra de Nilo Batista:

¹⁷⁰ Observe-se, neste passo, que a análise desta questão está intimamente relacionada à análise a ser desenvolvida no próximo tópico, sobre a decisão no Caso da Guerrilha do Araguaia. Entretanto, é preciso salientar que aqui se está apenas a contemplar os posicionamentos perfilhados em sede de ADPF, ou seja, em âmbito interno.

¹⁷¹ Dentre os quais, destacam-se os seguintes: Caso Loayza Tamayo v. Peru; Caso Barrios Altos v. Peru; Caso da Comunidad Moiwana v. Suriname; e Caso Almonacid Arellano e Otros v. Chile.

¹⁷² “Art. 1º A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, apensa por cópia ao presente decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém.”

¹⁷³ “Art. 1º. É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de (sic) Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.”

[...] em primeiro lugar, instrumentos normativos constitucionais (sic) só adquirem força vinculante após processo constitucional de internacionalização, e o Brasil não subscreveu a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968 nem qualquer outro documento que contivesse cláusula similar; em segundo lugar, ‘o costume internacional não pode ser fonte de direito penal’ sem violação de uma função básica do princípio da legalidade; e, em terceiro lugar, conjurando o fantasma da condenação pela Corte Interamericana, a autoridade de seus arestos foi por nós reconhecida plenamente em 2002 (Dec. N. 4.463, de 8 de novembro de 2002) porém apenas “para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998” (STF. Acórdão ADPF nº 153, 2010:36).

Observe-se, por fim, que, ao arripio da decisão prolatada pelo STF em sede de controle abstrato, o Ministério Público Federal tem desenvolvido inúmeras teses visando o recebimento de denúncias por crimes cometidos durante a ditadura. Dentre os argumentos perfilhados pela instituição, destacam-se especialmente dois: um relacionado ao fato de que não se lhes poderia ser aplicado o parágrafo 1º, do artigo 1º, da Lei n. 6.683/79, pois extrapolado o período coberto pela anistia; e outro atinente a não prescrição dos crimes, em função do caráter de permanência do crime de desaparecimento forçado.¹⁷⁴

¹⁷⁴ Aqui, parenteticamente, é cabível uma observação: segundo preconizado pelo artigo 2º da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, entende-se por desaparecimento forçado “a privação de liberdade de uma pessoa ou mais pessoas, seja de que forma for, praticada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com autorização, apoio ou consentimento do Estado, seguida de falta de informação ou da recusa a reconhecer a privação de liberdade ou a informar sobre o paradeiro da pessoa, impedindo assim o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes.” A despeito do referido diploma ainda não integrar o ordenamento jurídico pátrio (por falta de ratificação), o STF, seguindo entendimento firmado na Extradução 974-0 da República Argentina, considerou a dupla tipicidade do crime de desaparecimento forçado, com base no crime de sequestro. Neste sentido, para todos os efeitos, considerada a permanência do crime de sequestro, a prescrição nos crimes de desaparecimento forçado só começaria a fluir quando da cessação da permanência do crime. A primeira decisão prolatada em oposição à iniciativa do MPF foi assinada pelo juiz João César Ottoni de Matos, em março de 2012. O magistrado rejeitou a denúncia liminarmente, sob o fundamento de ausência de suporte probatório suficiente, mesmo a título indiciário, que respalde a tese de que os desaparecidos teriam sido e permaneceriam até hoje sequestrados: “sustenta o *parquet* que os desaparecidos, trinta e tantos anos depois, permanecem em cativeiro, sob cárcere imposto pelo denunciado? A lógica desafia a argumentação exposta na denúncia” (Justiça Federal. Decisão Processo nº 1162-79.2012.4.01.3901, 2012:2). Ocorre que, ainda que se pudesse cogitar da possibilidade do desaparecimento ainda restar em curso, o fato é que os desaparecidos políticos foram oficialmente reconhecidos como mortos pelo artigo 1º da Lei n. 9.140/95, *in verbis*: “Art. 1º. São reconhecidas como mortas, para todos os efeitos legais, as pessoas relacionadas no Anexo 1 desta Lei, por terem participado, ou terem sido acusados de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e que, por este motivo, tenham sido detidas por agentes públicos, achando-se desde então, desaparecidas, sem que delas haja notícias.” Alguns críticos da anistia alegam que, tal como a Lei da Anistia, a Lei n. 9.140/95 representaria um óbice à responsabilização de agentes criminosos e, enquanto ato normativo injusto, também deveria ser considerada inválida. Entretanto, o próprio Código Civil de 2002 passou a reconhecer a chamada “morte presumida”. De acordo com o artigo 7º do diploma em questão, “[p]ode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência: I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida”. Bem assim, foi justamente graças ao reconhecimento promovido pelo ato legislativo em questão que as famílias das vítimas puderam formular pedidos de reparação, que resultaram no pagamento de indenizações a familiares de cinquenta e nove desaparecidos da Guerrilha do Araguaia. Aliás, é interessante frisar que a própria Comissão Interamericana, em petição contrária ao Estado brasileiro no Caso Guerrilha do Araguaia, valorou positivamente a adoção da Lei nº 9.140/95. Neste sentido, parece forçoso reconhecer o serviço prestado pela referida lei, que conferiu efeitos civis indubitavelmente necessários para os atingidos pela repressão política.

3.2.2 A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Caso Guerrilha do Araguaia

O Sistema Interamericano teve sua gênese na IX Conferência Interamericana, em 1948, ocasião em que foram adotadas a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Carta de Organização dos Estados Americanos. Em 1960, foi aprovada a criação do Estatuto da Comissão, primeiro órgão especializado na proteção de direitos humanos no âmbito da Organização dos Estados Americanos e, em 1969, com a adoção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ou Pacto de São José da Costa Rica), foi criada a Corte Interamericana de Direitos Humanos.¹⁷⁵

No que concerne às funções da Comissão Interamericana, o internacionalista César Sepúlveda sobreleva as seguintes: conciliação, entre um governo e grupos sociais que se deparem com a violação de direitos dos seus membros; assessoria, aconselhando os governos a adotar medidas adequadas para promoção dos direitos humanos; crítica, ao informar a situação dos direitos humanos em um dos Estados membros da OEA; legitimação, quando, em decorrência de um informe da Comissão acerca de uma visita ou um exame, um governo decide sanar violações; promoção, ao efetuar estudos sobre direitos humanos, com o fito de promovê-los; proteção, quando intervém em casos urgentes, solicitando ao governo a interrupção de atos atentatórios a direitos humanos (Piovesan, 2011:130). Ademais, é de competência da Comissão receber e examinar comunicações de indivíduos, grupo de indivíduos ou entidade não governamental (artigo 44 da Convenção), que contenham denúncia de violação de direitos protegidos pela Convenção, por Estado signatário (Piovesan, 2011:131).

No âmbito procedimental, ao receber uma petição, a Comissão deve proceder à análise de sua admissibilidade, tendo em vista os requisitos estabelecidos no artigo 46 da Convenção, a saber: que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos; que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; que a matéria da petição ou comunicação

¹⁷⁵ Interessa salientar, contudo, que o sistema em questão não se limita à Convenção Americana. Há, além dos dois protocolos (um relativo à ampliação do rol de direitos econômicos, sociais e culturais, e outro referente à abolição da pena de morte), quatro convenções setoriais, a saber: a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985); a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado (1994); a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994); e a Convenção Interamericana sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiências (1999).

não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.

Caso reconheça a admissibilidade da petição, a Comissão solicitará informações ao governo denunciado. Recebidas estas, a Comissão verificará se subsistem os motivos da comunicação. Não sendo caso de arquivamento do pleito, a Comissão buscará uma solução amistosa entre as partes (denunciante e Estado). Não sendo possível a solução amistosa, a Comissão redigirá um relatório, apresentando os fatos e as conclusões pertinentes e, eventualmente, recomendações ao Estado, que tem o prazo de três meses para lhe darem cumprimento. Durante esse período, o caso pode ser solucionado pelas partes ou encaminhado à Corte Interamericana.¹⁷⁶

Na esfera contenciosa, a competência da Corte é limitada aos Estados signatários da Convenção Americana que reconheçam sua jurisdição de forma expressa. Neste sentido, a Corte apenas possui jurisdição para examinar casos em que um dos Estados-partes tenha sido denunciado por violação de direito protegido pela Convenção, não se tratando, pois, de tribunal de recursos ou de cassação de decisões de tribunais internos. Segundo Piovesan (2011:143), uma vez reconhecida a sua jurisdição, “a decisão da Corte tem força jurídica vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado seu imediato cumprimento. Se a Corte fixar uma compensação à vítima, a decisão valerá como título executivo, em conformidade com os procedimentos internos [...]”.

Com efeito, entre os diversos fundamentos de direito abordados pela Comissão e pela Corte Interamericana no Caso Guerrilha do Araguaia, decidimos aprofundar o estudo dos seguintes: (i) a obrigação de investigar e, se for o caso, punir graves violações de direitos humanos; (ii) a vedação à concessão de anistia ao crime de desaparecimento forçado; e (iii) o direito à verdade e o acesso a informações confidenciais.

De fato, desde a sua primeira sentença, a Corte Interamericana vem destacando o dever dos Estados de investigar e punir as violações de direitos humanos, decorrente da

¹⁷⁶ Neste ponto, é preciso salientar uma alteração realizada em 2009 no Regulamento da Corte, que passou a assegurar o acesso direto de qualquer indivíduo, grupo de indivíduos ou organização não governamental, à Corte. Tal protagonismo, que já se fazia sentir no Sistema Europeu, despontou com a modificação do artigo 25 do referido Regulamento, segundo o qual as supostas vítimas poderão apresentar de forma autônoma o seu escrito de petições, argumentos e provas. É importante frisar, contudo, que a Comissão Interamericana continuará dispondo de legitimidade para a submissão de caso à Corte, mediante apresentação de relatório, conforme se pode depreender do artigo 35 do Regulamento em comento.

obrigação de garantia, prevista no artigo 1.1 da Convenção Americana.¹⁷⁷ De acordo com a Corte, tal obrigação implica o dever estatal de organizar o seu aparato governamental de modo que este seja capaz de assegurar o exercício livre e pleno dos direitos humanos. Neste sentido, além da prevenção, o Estado deve se encarregar da investigação e da punição das eventuais violações aos direitos reconhecidos pela Convenção, bem como do restabelecimento desses direitos às vítimas ou, quando for o caso, da reparação pelos danos causados pela violação. Ausentes essas providências, pode-se afirmar que o Estado descumpriu o referido dever de garantir às pessoas sujeitas a sua jurisdição o pleno gozo dos direitos contidos no texto convencional (Corte IDH. *Gomes Lund e Outros vs. Brasil*, 2010:52).

A obrigação em questão, de investigar e eventualmente julgar e punir as violações de direitos, adquire maior valor conforme o nível de gravidade dos crimes cometidos e a natureza dos direitos ofendidos. Neste sentido, a discussão promovida pela Comissão em torno da concessão de anistia a crimes de desaparecimento forçado durante períodos ditatoriais tem como uma de suas principais problemáticas o fato de o ordenamento jurídico internacional considerá-los crimes contra a humanidade, uma configuração decorrente da junção de elementos que tornam os crimes particularmente graves: atos desumanos cometidos contra a sociedade civil, de forma generalizada ou sistemática. É assim, por exemplo, na já citada Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, na Resolução AG/RES. 666 (XIII-O/83) da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, e no artigo 7.1.i do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.¹⁷⁸

A importância deste tópico deriva precisamente dos efeitos que emergem da configuração de um crime desta natureza, dentre os quais se destacam a imprescritibilidade e a impossibilidade de concessão de anistia. [Note-se que, considerado tal elemento, a celeuma enfrentada alhures, em torno da permanência do crime de desaparecimento forçado e da existência de anistia impeditiva de atribuição de responsabilidade, tornar-se-ia completamente irrelevante.] Uma vez que, segundo a Corte, o desaparecimento forçado constitui um crime de caráter continuado ou permanente, e uma violação múltipla de direitos protegidos pela

¹⁷⁷ “Art. 1º - Obrigação de respeitar os direitos. 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.”

¹⁷⁸ “Art. 7º - Crimes contra a Humanidade. 1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: i) Desaparecimento forçado de pessoas;”

Convenção, sua jurisprudência tem caminhado no sentido de que a obrigação de investigar e punir os responsáveis por tais crimes constitui medida da mais alta importância (Corte IDH. Gomes Lund e Outros vs. Brasil, 2010:38).

A Comissão observou que “o que aconteceu no Araguaia foi uma política de extermínio de dissidentes políticos, segundo a qual, à exceção de alguns raros casos de prisão e tortura [...], em geral, a ordem era não fazer prisioneiros e desaparecer a todos os membros da Guerrilha do Araguaia” (CIDH. Gomes Lund e Outros vs. Brasil, 2009:par-162). Bem assim, enfatizou em sua petição que, apesar do Brasil não ter ratificado a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, a obrigação de investigar e processar crimes contra a humanidade é uma norma de *ius cogens*, de maneira que, em qualquer cenário, aplicar a prescrição para os crimes em questão consistiria em violação dessa norma imperativa.

Conforme entendimento da Corte, para que uma investigação produza, de fato, resultados efetivos, além de estabelecer um marco normativo adequado (que, no caso em tela, significaria regulamentar o desaparecimento forçado como delito autônomo), o Estado deve repelir os eventuais obstáculos normativos que tenham por intento retardar, dificultar ou evitar por completo, a punição dos responsáveis (Corte IDH. Gomes Lund e Outros vs. Brasil, 2010:41). Como as anistias costumam ser um dos impedimentos alegados pelos Estados, a Corte Interamericana se pronunciou sobre a incompatibilidade das anistias relativas a graves violações de direitos humanos com o Direito Internacional, destacando o posicionamento de outros órgãos de proteção, dos sistemas regionais e do âmbito universal:

Este Tribunal já se pronunciou anteriormente sobre o tema e não encontra fundamentos jurídicos para afastar-se de sua jurisprudência constante, a qual, ademais, concorda com o estabelecido unanimemente pelo Direito Internacional e pelos precedentes dos órgãos dos sistemas universais e regionais de proteção dos direitos humanos. De tal maneira, para efeitos do presente caso, o Tribunal reitera que “são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade, que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos, como a tortura, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias, e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas, por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos” (Corte IDH. Gomes Lund e Outros vs. Brasil, 2010:64).

Nessa mesma oportunidade, a Corte repudiou a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da APDF nº 153. Em claro contraste com o desfecho dado pelo Supremo, a Corte pugna pela responsabilização dos crimes cometidos durante a ditadura (ou, de modo mais específico, durante a Guerrilha do Araguaia) e se refere

ao dilema entre retribuição (“justiça”) e reconciliação (“paz”) como “falso”: “[a]s anistias que eximem de sanção penal os responsáveis por crimes atrozes, na esperança de garantir a paz, costumam fracassar na consecução de seu objetivo, e, em vez disso, incentivaram seus beneficiários a cometer novos crimes” (Corte IDH. Gomes Lund e Outros vs. Brasil, 2010:56).

Outrossim, de acordo com a Corte, ao confirmar a validade da Lei de Anistia sem levar em consideração as obrigações internacionais do Estado brasileiro, as autoridades jurisdicionais do Brasil falharam, pois não exerceram o chamado “controle de convencionalidade”. O cumprimento de tais obrigações voluntariamente contraídas corresponderia a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados (o *pacta sunt servanda*), que, consoante disposto no artigo 27 da Convenção de Viena de 1969,¹⁷⁹ não poderiam descumprir obrigações internacionais por razões de ordem interna (Corte IDH. Gomes Lund e Outros vs. Brasil, 2010:66).

No tocante ao direito à verdade e ao acesso a informações confidenciais, a Comissão ressaltou que os Estados-partes da OEA tem reiteradamente afirmado a importância do acesso à informação, enquanto consectário do direito à liberdade de pensamento e expressão, para a consolidação da democracia (CIDH. Gomes Lund e Outros vs. Brasil, 2009:par-199). Nesta esteira, a Corte Interamericana chegou a afirmar em um de seus julgados que: “[...] a liberdade de expressão é um elemento fundamental sobre o qual se baseia a existência de uma sociedade democrática. [...] Portanto, é possível afirmar que uma sociedade que não está bem informada não é plenamente livre” (CIDH. Claude Reyes y Otros vs. Chile, 2006:46).¹⁸⁰

Observando o axioma segundo o qual não existem direitos absolutos, a Comissão admitiu que os direitos em apreço podem sofrer restrições, mas destacou que as mesmas estão estabelecidas no próprio artigo 13 da Convenção Americana.¹⁸¹ Em vista disso, alegou ausência de motivação para as restrições impostas pelo Estado brasileiro, por intermédio da

¹⁷⁹ “Art. 27 - Direito Interno e Observância de Tratados: Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.”

¹⁸⁰ No original: “[...] *la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. [...] Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre*”.

¹⁸¹ “Art. 13 - Liberdade de pensamento e de expressão. 1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar: a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.”

Lei nº 11.111/05, que possibilitou a decretação de sigilo permanente sobre algumas matérias constantes de documentos oficiais, e dos Decretos ns. 2.134/97, 4.553/02, 5.301/04 e 5.584/05 (CIDH. Gomes Lund e Outros vs. Brasil, 2009:par-204).

A Corte, por seu turno, reiterou que, além da liberdade de expressar o próprio pensamento, a proteção ao direito à liberdade de pensamento e expressão também assegura a liberdade de buscar, receber e divulgar informações; e, por extensão, o direito de toda pessoa de solicitar acesso à informação sob custódia estatal. Neste sentido, reforçou que o Sistema Interamericano estabelece a obrigação positiva do Estado de fornecer as informações requeridas ou, nas hipóteses previstas pela Convenção, oferecer uma resposta que fundamente o limite de acesso. As autoridades estatais não podem, pois, apoiar-se em mecanismos como o segredo de Estado ou a confidencialidade da informação, ou em razões de interesse público ou segurança nacional, para deixar de participar a informação requerida. A ideia é que as informações circulem pela sociedade, de modo que todos possam conhecê-las e avaliá-las, conferindo, pois, ao direito uma dimensão individual, e outra coletiva (Corte IDH. Gomes Lund e Outros vs. Brasil, 2010:75).

Por fim, a Corte reconheceu que toda pessoa, inclusive os familiares das vítimas de graves violações de direitos humanos, tem o direito de conhecer a verdade; e, no que tange especificamente ao direito à verdade no caso da Guerrilha do Araguaia, o direito dos familiares das vítimas de desaparecimento forçado de conhecer o seu destino e saber onde se encontram os seus restos mortais (Corte IDH. Gomes Lund e Outros vs. Brasil, 2010:77).

3.3 Conclusões e Prognósticos sobre a Justiça de Transição no Brasil

A relação causal entre os problemas com origem na transição e a qualidade da democracia nem sempre é óbvia. Por exemplo, os anos seguintes ao encerramento da transição já revelavam uma atitude ambivalente dos brasileiros em relação à democracia, que, em parte, deveu-se a problemas de governo e não de regime. Em parte, porque, a despeito dos problemas contextuais (históricos, culturais, econômicos, etc.) e da administração antipolítica do primeiro Presidente eleito diretamente após o regime militar, parte das dificuldades

enfrentadas pelo Brasil, de fato, derivou de imperfeições do regime democrático nele instaurado.¹⁸²

Entretanto, uma porção da dificuldade na identificação dos problemas resultantes da transição, e, por via de consequência, na formação de uma opinião sobre os mesmos que nos conduza soluções, também reside na falta de debate crítico sobre o estado atual de coisas. Apesar do espaço angariado pelos temas da anistia e das comissões da verdade, pode-se dizer que as discussões sobre os demais veículos da justiça de transição têm assumido papéis marcadamente coadjuvantes,¹⁸³ o que pode colocar em risco a sua efetividade como um todo, especialmente quando adotada uma perspectiva holística para a análise do fenômeno.

A despeito da grandeza do tema proposto pela presente análise, que permeia inúmeras instâncias decisórias, tanto no âmbito político quanto jurídico, a partir dela, algumas conclusões podem ser tiradas sobre o caminho percorrido pela justiça de transição no Brasil e, assim, alguns prognósticos podem ser antecipados.

Conforme observamos na primeira parte deste trabalho, o processo de democratização envolve o fim de um regime não democrático, a instalação de um regime democrático e a sua consolidação. Segundo Zaverucha, a primeira dessas etapas (o fim do regime não democrático) já foi concluída, mas o que nenhum novo governo conseguiu foi a instalação de um regime genuinamente democrático. Isso porque, a instalação de um regime democrático pressupõe o estabelecimento de relações civil-militares democráticas,¹⁸⁴ e, em função da “negociação” estabelecida entre civis e militares, a diminuição do poder castrense no Brasil não foi suficiente para garantir um controle civil democrático.

Não iremos tão longe a ponto de questionar a instauração de um regime democrático no Brasil. Parece-nos que a missão que se nos impõe é corrigir os problemas e as deficiências do regime democrático instaurado no Brasil, isto é, consolidar a sua democracia.

¹⁸² Segundo críticos, as crises institucionais da década de 1990 também resultaram de uma ingerência dos militares na rejeição aos planos parlamentaristas e, neste sentido, também refletiram um problema de transição.

¹⁸³ Mostras disso são as dúvidas e a falta diálogo (político e acadêmico) sobre a carência de reformas institucionais, como desmilitarização da justiça e da segurança pública. Quase todos condenam o uso de força letal pela polícia militar ou o favorecimento das Forças Armadas em questões envolvendo civis, mas poucos associam tais deméritos a uma falha na nossa transição. Bem assim, há também uma opinião mais ou menos difundida entre os juristas, especialmente entre os constitucionalistas, de que a Constituição de 1988 inaugurou uma nova era e que conflitos e apreensões previamente existentes foram magicamente resolvidos à caneta, o que, sem dúvida, inibe o debate.

¹⁸⁴ Por esse motivo, Roberto Aguiar (1986:88) antecipou em comentário, poucos anos antes do início dos trabalhos para a Constituição de 1988 que: “Se a Constituinte não for mero compromisso de forças hegemônicas, se ela tender para a soberania e para uma democracia ao menos substantiva, certamente o tema das Formas Armadas e seu papel deverá ser tratado, sob pena de tudo continuar como está [...]”.

Entre os fatores que contribuem para a dificuldade em consolidar a democracia no país estão a baixa participação política dos brasileiros, a distribuição de renda desigual,¹⁸⁵ o sistema político mal estruturado (presidencialismo e pluripartidarismo fragmentado), e, como não poderia deixar de ser, os problemas de transição, especialmente aqueles decorrentes da intervenção dos militares na transição política (Linz e Stepan, 1996:203).

Como pudemos observar, à luz dos modelos apresentados na segunda parte desse trabalho, a transição brasileira fora fortemente marcada pela ingerência do antigo regime, que conseguiu não apenas proteger-se de eventuais represálias e garantir prerrogativas, mas também limitar o passo e o alcance da redemocratização.

Exatamente como descrevemos em nossa crítica ao modelo de transição adotado pela segunda fase, o legado do regime autoritário precedente nos conduziu ao que chamamos de uma “transição negociada”, uma situação onde os pactos políticos de barganha são encarados pela sociedade (política e civil) como um componente-chave, condição *sine qua non* para uma transição democrática bem-sucedida.

Apesar de abrirem caminho para uma noção enviesada de democracia, como tentamos demonstrar na segunda parte desse trabalho, os pactos políticos que mantiveram a autonomia dos militares no Brasil foram o preço pago pelos democratas para garantir o retorno do governo civil. Parece que, em transições negociadas, essas concessões são compreensíveis e até esperadas. Nas palavras de Elster (2004:75), ao tentar descrever o processo de elaboração constitucional em novas democracias: “[...] a sociedade precisa “se reconstruir em mar aberto”, usando os materiais a mão, por mais falhos que possam ser”.¹⁸⁶

Ocorre que, se, por um lado, a adesão a tal espécie de estratégia, de fato, aumentou a probabilidade de implantação da democracia; por outro, esse “estado de necessidade” pretérito não pode servir de fundamento para que tais negociações perdurem para sempre.

E aqui reside precisamente o problema no Brasil: “A característica da transição brasileira não é apenas a lenta quantidade de concessões recapturadas, mas a existência de

¹⁸⁵ Com efeito, se o que, de fato, atribui à árvore a qualidade de boa são os seus frutos, os índices sociais brasileiros estão a indicar uma deficiência que, advinda do texto constitucional, produz efeito no mundo dos fatos (v. “*Brasil continua na 85ª posição no ranking mundial de IDH*”, Uol). Em verdade, sequer são necessários muitos números para confirmar a falta de compatibilidade entre aquilo que é prometido pela Constituição e o que se visualiza na prática.¹⁸⁵ Como bem salientou Barroso (2008:64), “[a] comemoração merecida dos vinte anos da Constituição brasileira não precisa de falseamento da verdade. Na conta aberta do atraso político e da dívida social, ainda há incontáveis débitos”. A observação do jurista parece indicar que, mesmo após o encerramento da transição, a democracia brasileira recém-instalada ainda carece de ajustes.

¹⁸⁶ No original “[...] society has to ‘rebuild itself in the open sea’, using the materials at hand, however flawed they may be”.

alguns retrocessos, ou seja, novos espaços políticos foram concedidos pelos civis aos militares” (Zaverucha, 2000:295).

É por causa dos resquícios e arestas desse passado temporalmente distante, mas, por negligência política, ainda presente, que alguns entre nós são levados a concluir que, a despeito da aparência de normalidade e relativo controle, o retorno ao autoritarismo ainda não é improvável e o Estado democrático de direito ainda não é a realidade do Brasil.

Em termos procedimentais, o processo de elaboração da Constituição foi democrático, mas, em termos de substância, não. A ausência de uma *genuína* deliberação popular e a permanência do controle militar constringendo os civis demonstra que, ao contrário do que Schumpeter sustentou, pouco bem pode advir de uma concepção de democracia reduzida a uma mera lista de procedimentos. Por isso, é dever dos novos governantes recuperar os benefícios conferidos, criar novas instituições democráticas e aperfeiçoar a débil democracia com a qual tivemos de nos contentar: uma democracia eleitoreira, minimalista, que é condição necessária, mas não suficiente para se considerar que um país possui plena democracia.

A despeito do quanto exposto, com alguma dose de otimismo, podemos identificar nas tentativas de solucionar alguns dos problemas de transição, por meio do implemento de mecanismos de justiça de transição, algum avanço.

Por exemplo, já em 1979, no mesmo ato normativo que informou a anistia aos crimes políticos e conexos, deu-se a primeira medida de reparação aos perseguidos políticos, que previu a restituição de direitos políticos e o direito de reintegração ao trabalho para servidores públicos arbitrariamente afastados.¹⁸⁷

Alguns anos mais tarde, dessa vez no governo do então Presidente Fernando Henrique Cardoso, foram implantadas a Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos, limitada ao reconhecimento das mortes de desaparecidos (por meio da supracitada Lei nº 9.140/95),¹⁸⁸ e a Comissão de Anistia, direcionada à reparação por atos de exceção, incluindo torturas, prisões arbitrárias, demissões e transferências por razões políticas, banimentos,

¹⁸⁷ “Art. 3º. O retorno ou a reversão ao serviço ativo somente deferido para o mesmo cargo ou emprego, posto ou graduação que o servidor, civil ou militar, ocupava na data de seu afastamento, condicionado, necessariamente, à existência de vaga e ao interesse da Administração. [...] Art. 10. Os servidores civis e militares reaproveitados, nos termos do art. 2º, será contado o tempo de afastamento do serviço ativo, respeitado o disposto no art. 11. [...] Art. 12. Os anistiados que se inscreveram em partido político legalmente constituído poderão voltar e ser votados nas convenções partidárias a se realizarem no prazo de 1 (um) ano a partir da vigência desta Lei.”

¹⁸⁸ “Art. 1º. São reconhecidos como mortas, para todos os efeitos legais, as pessoas que tenham participado, ou tenham sido acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988, e que, por este motivo, tenham sido detidas por agentes públicos, achando-se, deste então, desaparecidas, sem que delas haja notícias. (Redação dada pela Lei nº 10.536, de 2002)”

expurgos estudantis e monitoramentos ilícitos (por intermédio da Lei nº 10.559/02).¹⁸⁹ O trabalho desenvolvido por essas comissões tem impactado de forma positiva não só na vida das vítimas de direitos humanos e de seus familiares, mas também na promoção das políticas de memória, por meio da edição de obras, como o livro-relatório “*Direito à verdade e à memória*”, e de ações, como as “Caravanas da Anistia”, o projeto “Marcas da Memória”, e a implantação do “Memorial da Anistia” (Abrão e Genro, 2012:62).

No que concerne a reformas institucionais, até o momento, o Congresso brasileiro conta com o Projeto de Lei nº 7.779/10, de autoria do Deputado Federal Chico Alencar (PSOL/RJ), que objetiva alterar dispositivos dos Códigos Penal Militar e de Processo Penal Militar, com o fito de desmilitarizar a justiça para casos envolvendo civis; e com três propostas de Emenda à Constituição dirigidas à desmilitarização da polícia: as PECs ns. 430/09, 102/11 e 51/13.

A PEC nº 430/09, de autoria do Deputado Federal Celso Russomanno (PP/SP), almeja a unificação das Polícias Civil e Militar dos Estados e do Distrito Federal, além da desmilitarização do Corpo de Bombeiros; a PEC nº 102/11, de autoria do Senador Blairo Maggi (PR/MT), tem por escopo autorizar os Estados-membros a desmilitarizarem a Polícia Militar e unificá-la; e a PEC nº 51/13, de autoria do Senador Lindbergh Farias (PT/RJ), visa a alterar os artigos 21, 24 e 144 da Constituição, acrescentar os artigos 143-A, 144-A e 144-B, e reestruturar o modelo de segurança pública, a partir da desmilitarização do modelo policial.

Também há notícia de pelo menos duas ações pendentes no Supremo Tribunal Federal, direcionadas à desmilitarização da justiça: a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 289 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.032.

Na ADPF nº 289, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, pede-se que seja dada ao artigo 9º, incisos I e III, do Código Penal Militar, interpretação conforme a Constituição Federal de 1988, a fim de que seja reconhecida a incompetência da Justiça Militar para julgar

¹⁸⁹ “Art. 1º. O Regime do Anistiado Político compreende os seguintes direitos: I - declaração da condição de anistiado político; II - reparação econômica, de caráter indenizatório, em prestação única ou em prestação mensal, permanente e continuada, asseguradas a readmissão ou a promoção na inatividade, nas condições estabelecidas no caput e nos §§ 1º e 5º do art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; III - contagem, para todos os efeitos, do tempo em que o anistiado político esteve compelido ao afastamento de suas atividades profissionais, em virtude de punição ou de fundada ameaça de punição, por motivo exclusivamente político, vedada a exigência de recolhimento de quaisquer contribuições previdenciárias; IV - conclusão do curso, em escola pública, ou, na falta, com prioridade para bolsa de estudo, a partir do período letivo interrompido, para o punido na condição de estudante, em escola pública, ou registro do respectivo diploma para os que concluíram curso em instituições de ensino no exterior, mesmo que este não tenha correspondente no Brasil, exigindo-se para isso o diploma ou certificado de conclusão do curso em instituição de reconhecido prestígio internacional; e V - reintegração dos servidores públicos civis e dos empregados públicos punidos, por interrupção de atividade profissional em decorrência de decisão dos trabalhadores, por adesão à greve em serviço público e em atividades essenciais de interesse da segurança nacional por motivo político.”

civis em tempo de paz e que esses crimes sejam submetidos a julgamento pela Justiça Comum, Federal ou Estadual; e na ADI nº 5032, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, a declaração de invalidade, por incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988, do parágrafo 7º do artigo 15 da Lei Complementar 97/99, na redação dada pelas Leis Complementares 117/04 e 136/10, que insere na competência da Justiça Militar o julgamento de crimes cometidos por militares no exercício de atribuições subsidiárias conferidas às Forças Armadas.

Bem assim, no que parece ser uma mostra de interação entre o Estado brasileiro e a Corte Interamericana, que solicitara a invalidação de obstáculos normativos ao direito à verdade, a Presidenta Dilma Rousseff sancionou, em 2011, a Lei nº 12.527/11 (“Lei de Acesso à Informação”). A Lei passou a admitir o acesso de qualquer pessoa a informações de interesse público armazenadas em instituições federais, estaduais e municipais, especialmente quando guardarem relação com ações que resultaram em violações de direitos humanos.¹⁹⁰

Soma-se a tal providência a instauração da Comissão Nacional da Verdade, por meio da Lei nº 12.528/2011, que teve por fim examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (18 de setembro de 1946 a 5 de outubro de 1988).¹⁹¹ Parece que, em alguma medida, o Brasil tem, de fato, procurado se adequar às expectativas dos órgãos de controle internacionais, implementando a noção de diálogo transconstitucional de que tratamos.¹⁹²

¹⁹⁰ “Art. 21. Não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais. Parágrafo único. As informações ou documentos que versam sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas não poderão ser objeto de restrição de acesso.”

¹⁹¹ Não poderíamos deixar de observar um nó górdio envolvendo as investigações conduzidas pela Comissão: o seu alvo. Isso porque a lei não fora clara em relação aos crimes que deveriam ser investigados, se apenas os cometidos por agentes do Estado ou se também os crimes cometidos pelos opositores do regime (os chamados “justiçamentos”). Afinal, seria uma “meia verdade” uma verdade, de fato? A postura inicial adotada pelo primeiro coordenador da Comissão, Gilson Dipp, fora no sentido de que seriam alvos de investigações todos os crimes cometidos durante o período de 1946 a 1988, fossem eles da direita ou da esquerda: “O artigo 1º da lei refere que toda a violação dos Direitos Humanos poderá ser examinada pela comissão” (v. “*Dipp diz que Comissão da Verdade também investigará crimes da esquerda*”, Ig). A expectativa quanto à definição do foco das investigações chegou a causar mal-estar entre outros dois integrantes da Comissão, José Carlos Dias e Rosa Maria Cardoso da Cunha. Dias defendia uma investigação ampla, enquanto Cunha entendia que a Comissão deveria focar sua busca na apuração de crimes praticados por agentes do Estado. Muito se especulou sobre o assunto até que, em resolução unânime, os integrantes da Comissão oficializaram a decisão de que seriam apuradas apenas as violações de direitos humanos cometidas pelo Estado. Neste sentido, segundo declaração de Cláudio Fonteles, a comissão “não tem atribuições legais para investigar condutas de pessoas, que não são agentes públicos ou a serviço do Estado. Devemos, pois, todos respeitarmos os parâmetros legais” (v. “*Comissão da Verdade não investigará crimes de esquerda*”, Yahoo).

¹⁹² No início de 2015, por exemplo, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Ricardo Lewandowski, chegou a receber uma delegação de comissários da Comissão Interamericana para firmar uma carta de intenções aparentemente inédita. O acordo estabelecido conta com três frentes de capacitação e de desenvolvimento do

Não nos parece, porém, que a revisão dos pactos políticos firmados com os militares deva redundar, necessariamente, na revisão da Lei da Anistia.

Com efeito, de um modo geral, mas especialmente a partir do respaldo conferido pela sentença da Corte Interamericana, temos verificado no Brasil uma guinada rumo ao modelo diametralmente oposto ao de transição negociada: um modelo de caráter eminentemente retributivo, nos moldes daquele antevisto nas primeira e terceira fases da justiça de transição. Conquanto a decisão prolatada pelo STF na ADPF nº 153 pareça indicar o contrário, tal mudança de direção pode ser identificada no recente ativismo acadêmico, que caminha no sentido de erigir a declaração de não recepção da Lei pela Constituição de 1988 à frente da luta pela justiça de transição no país.

Não obstante, à luz do quanto abordado sobre o dilema imposto pelos princípios da justiça e da segurança jurídica, e, ao mesmo tempo, levando-se em consideração o cenário brasileiro atual, em que as instituições (políticas e jurídicas) gozam de pouca ou nenhuma credibilidade junto à sociedade, parece-nos que a melhor solução para o caso da anistia seria a realização de uma consulta popular.

É verdade que o brasileiro, considerado de um modo abrangente, encontra-se alheio à disputa ideológica de forças e, portanto, bastante dividido entre a manutenção e a revisão do perdão. Em pesquisa realizada pelo Instituto Datafolha, em 2014, antes da repercussão do depoimento do coronel reformado Paulo Magalhães à Comissão Nacional da Verdade,¹⁹³ a maior parte da população se mostrava a favor da anulação da Lei. Das 2.614 pessoas entrevistadas, 17% não souberam opinar, 37% são contra a anulação e 46% são favoráveis (v. *“Maior parte da população quer anular Lei da Anistia, aponta Datafolha”*, Folha de S. Paulo). Não obstante, entendemos que, diante dos avanços promovidos pelo manejo dos demais mecanismos da justiça de transição (notadamente, os trabalhos da Comissão Nacional da Verdade) será possível a tomada de uma decisão racional, vez que resultante de um debate informado.

As questões expostas até aqui são apenas alguns exemplos de dificuldades resultantes da transição para o regime democrático no Brasil. Problemas do passado que, não resolvidos,

Poder Judiciário na área de direitos humanos, e, segundo consta em notícia veiculada pelo próprio Tribunal, é a primeira etapa de um futuro acordo de cooperação entre as partes (v. *“Presidente do STF assina documento inédito com CIDH nesta terça-feira (10)”*).

¹⁹³ O ex-agente do CIE (Centro de Informações do Exército), narrou em depoimento à Comissão como torturava, matava e se desfazia dos corpos de opositores da ditadura: “Eu cumpria as missões que o Exército me dava. Não escolhia, não tinha opção, nem me preocupei com isso” (v. *“Depoimento do coronel Paulo Malhães, ex-agente do CIE”*, Canal CNV YouTube).

tornaram-se problemas do presente e colocaram em xeque a qualidade da democracia brasileira. A chave para inverter o quadro atual e finalmente tomar o rumo da consolidação do Estado Constitucional de Direito no Brasil certamente está no correto implemento dos mecanismos de justiça de transição.

Resta-nos, por enquanto, observar os passos do Estado brasileiro nos próximos capítulos desse folhetim e avaliar se o concerto orquestrado por pelas medidas narradas servirão à consolidação da democracia brasileira. Serão sequências inéditas que certamente determinarão a porção de sua influência na promoção dos direitos humanos não apenas em território brasileiro, mas também pelo mundo.

CONCLUSÃO

De um lado, a democracia como expressão de soberania do povo, de vontade da maioria e de participação popular; de outro, o Estado de direito como sinônimo de poder limitado e de respeito aos direitos fundamentais. A junção desses dois elementos deu origem ao que referimos hoje como “constitucionalismo democrático” (Estado constitucional ou Estado democrático de direito). Uma junção, por sinal, necessária, haja vista que as virtudes do Estado de direito, especialmente em seu modelo substancial, estão diretamente relacionadas à ideia de igualdade necessária ao exercício da cidadania e, por extensão, ao funcionamento da democracia.

Embora integrem sistemas institucionais diferentes (a democracia é comumente associada ao Poder Legislativo, e o Estado de direito, ao Poder Judiciário), e, não raro, desenvolvam pontos de tensão entre si, Estado de direito e democracia são forças que devem caminhar necessariamente juntas na luta contra os regimes não democráticos.

As questões atinentes às transições políticas, que exploramos na presente dissertação com o fito de esclarecer e criticar, caminham de mãos dadas com esse novo paradigma de Estado. Como consignamos alhures, o primeiro passo para lidar com os problemas decorrentes dos enclaves autoritários que se mantiveram nas alterações para o regime democrático consiste em identificar as debilidades dos modelos de justiça de transição então vigentes. Na medida em que esclarecemos as singularidades desses momentos de agitação política e, com base na crítica do emprego das noções de democracia e Estado de direito, identificamos a necessidade de medidas corretivas para os modelos existentes, ampliamos as chances para que compreensões apuradas sobre democracia e Estado de direito possam, juntas, conferir legitimidade à autoridade dos novos governos.

Na parte dedicada à crítica ao modelo de transição negociada, verificamos que, durante a segunda fase da genealogia da justiça de transição, os estudos sobre os processos de transição adotaram como parâmetro de avaliação uma noção procedimental e elitista de democracia que se tornou hegemônica na segunda metade do século passado – especialmente a partir da formulação de Joseph Schumpeter. Com respaldo nessa teoria, muitos cientistas políticos tenderam a uma supervalorização dos pactos políticos havidos em contextos de “transformações”, reformas entendidas como processos de transição levados a efeito pelas elites no poder. Para esses estudiosos, os acordos oferecem condições mais favoráveis à

transição e à posterior consolidação da democracia, servindo de apoio e não de obstáculo ao Estado Constitucional de Direito.

Ocorre que tal espécie de abordagem obedece a contingências meramente políticas e, assim, ignora aspectos normativos que nos aproximam do ideal de democracia constitucional. Ainda que nem sempre esse ideal corresponda aos fatos e apesar de quase todos concordarmos com a premissa de que modelos teóricos são impossíveis de serem completamente trasladados para o mundo real, é certo que não devemos nos afastar do imperativo de progresso. Neste sentido, podemos constatar que, se, por um lado, é preciso levar em conta que as decisões sobre a transição política devem ser situadas nas realidades políticas de cada lugar; por outro, é preciso atenção para que o ceticismo não suplante o grau de normatividade necessário para que não nos tornemos meros observadores do cenário político ao nosso entorno, mas sejamos, ao invés disso, participantes.

Já nas críticas aos modelos de primeira e terceira fases, cuidamos de esclarecer que o idealismo característico dessas fases precisa ser moderado pela adoção de uma concepção integrada de Estado de direito, harmonizada entre o que se apresenta possível e impossível em cada contexto local. O problema desses modelos pende, pois, à margem oposta daquele de segunda fase. Enquanto esse último modelo tende ao realismo excessivo, aqueles grassam por uma zona ideal absoluta, que despreza a importância do contexto político, jurídico e social, nas deliberações sobre a justiça de transição.

Tivemos a oportunidade de ver até aqui, pois, um nítido contraste entre realismo e idealismo no trato das democratizações por esses dois cenários. A partir dessas conclusões parciais, a impressão final parece ser no sentido de que a tensão existente entre um pólo e outro e a conclusão da interação entre ambos é a mesma daquela existente entre a força normativa de um texto constitucional e o fato social: um não deve se sobrepor ao outro, porque são indissolúveis e se retroalimentam. Donde o imperativo de compatibilizar constrições fáticas e ditames normativos em uma única síntese, por meio de uma nova compreensão do fenômeno da justiça de transição; uma “quarta fase”, por assim dizer.

Algumas questões paralelas surgiram ao longo da redação desse estudo que não puderam ser aprofundadas e respondidas como se gostaria. Uma delas se refere aos critérios para o equilíbrio entre realismo e idealismo na ponderação casuística, de modo que seja possível identificar as situações em que o contexto político ou o ideal normativo estão sendo utilizados como pretextos a favor de uma ou outra vertente teórica. Cremos, contudo, que o intento maior fora, de um modo geral, alcançado: alertar os cidadãos insatisfeitos para o fato

de que talvez os resultados deficientes de sua democracia sejam fruto de um defeito congênito, e de que, portanto, analisar o passado pode nos ajudar a mudar o presente e planejar melhor o futuro.

Começamos falando em perspectivas de progresso, e encerramos falando em necessidade de progresso. Sem dúvida, uma compreensão apurada da transição e um manejo correto dos mecanismos da justiça de transição podem nos levar a um Estado democrático de direito mais forte e duradouro. Porque, afinal, um pouco de democracia não é a melhor democracia, assim como um Estado de direito qualquer não é o melhor Estado de direito. Vamos encarar isso. Essa é a primeira iniciativa rumo ao progresso.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Paulo; GENRO, Tarso. *Os Direitos da Transição e a Democracia no Brasil: Estudos sobre Justiça de Transição e Teoria da Democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- AGUIAR, Roberto. *Os Militares e a Constituinte: Poder Civil e Poder Militar na Constituição*. São Paulo: Alfa Omega, 1986.
- ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011a.
- _____. Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal: La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas Del Muro de Berlín. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n.23, p. 197-230, 2000.
- _____. Una defensa de la Fórmula de Radbruch. In: VIGO, Rodolfo Luis. *La Injusticia extrema no es Derecho (De Radbruch a Alexy)*. Buenos Aires: La Lay – U. B. A., 2004. p. 227-251.
- _____. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011b.
- ARAI-TAKAHASHI, Yutaka. *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. New York: Intersentia, 2001.
- ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Orgs.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 187-202.
- AVRITZER, Leonardo; SANTOS, Boaventura Souza. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- BACHRACH, Peter. *Crítica de la teoría elitista de la democracia*. Buenos Aires: Amorrurtu, 1973.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.
- _____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 203-249.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012a.

_____. *O novo Direito Constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012b.

_____. Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos. *Revista de Direito do Estado*, n. 10, p. 25-66, abr./jun. 2008.

BASIC Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law. Resolution adopted by the General Assembly, UN Doc. A/RES/60/147. [S.l.: s.n., 20--?].

BELL, Christine. Transitional Justice, Interdisciplinarity and the State of the 'Field' or 'Non-Field'. *The International Journal of Transitional Justice*, [S.l.], v. 3, p. 5-27, 2009.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular*. São Paulo: Ática, 1996.

BITENCOURT, Cezar. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *A teoria das formas de governo*. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

_____. *O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo*. São Paulo: Paz e Terra, 1987.

BOCCHI, João; et al. *Economia brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Ato Institucional n. 1, de 9 de abril de 1964. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 9 abr. 1964.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985. Convoca Assembléia Nacional Constituinte e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 28 nov. 1985.

BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 9 nov. 1992.

BRASIL. Decreto n. 4.463, de 8 de novembro de 2002. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos,

sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 nov. 2002.

Brasil. Decreto-lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 out. 1969.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 out. 1941.

BRASIL. Lei n. 5.658, de 7 de junho de 1971. Dispõe sobre a venda de bens imóveis, pelos Ministérios da Aeronáutica e da Marinha, sobre a aplicação do produto da operação, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 8 jun. 1971.

BRASIL. Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 28 ago. 1979.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 6 jul. 1994.

BRASIL. Lei n. 9.140, de 4 de dezembro de 1995. Reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 dez. 1995.

Brasil continua na 85ª posição no ranking mundial de IDH. Uol. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/infograficos/2013/03/14/brasil-fica-na-85-posicao-no-ranking-mundial-de-idh-veja-resultado-de-todos-os-paises.htm>> Acesso em: 28 fev, 2014.

BRITO, Alexandra Barahona. *Justiça transicional e a política da memória: uma visão global*. In: TORELLY, M. D. (Org.). *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, n. 1 (jan./jun. 2009). Brasília: Ministério da Justiça, 2009, pp. 56-83.

BRITTO, Carlos Ayres. *O problema da vigência dos atos complementares posteriores a edição do AI-5*. In: R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (32), 1977, pp. 1-18.

BRYCE, James. *Modern democracies*. New York: Macmillan, 1921, p. 24 apud HUNTINGTON, Samuel P. *A Terceira Onda: A democratização no final de século XX*. São Paulo: Ática, 1994.

CABRAL, J. Bernardo. *Os 20 anos da Constituição Federal de 1988: Avanços e Retrocessos*. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D.; BINENBOJM, G. (Org.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Demanda Caso nº 11.552. Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Washington, D.C., Estados Unidos da América, 26 de março de 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *Brasil: verso e reverso constitucional*. Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/biblioteca/textos/25-anos-da-constituicao>> Acesso em: 14 jan, 2014.

CONTRERAS, Pablo. *National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights: A Comparison Between the Jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights*. In: *Northwestern Journal of International Human Rights*, v. 11, Issue 1, 2012, pp. 28-82.

CORD, Robert L.; et al. *Political Science: an introduction*. New Jersey: Pearson Prentice Hall, 2008.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Caso nº 12.108. Claude Reyes y Otros vs. Chile. San José, Costa Rica, 19 de septiembre de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC – 4/84. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. San José, Costa Rica, 19 de enero de 1984.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentença Caso nº 11.552. Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. São José, Costa Rica, 24 de novembro de 2010.

COSTA-MARTINS, Judith. *A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança*. In: R. CEJ, Brasília, n.27, out./dez., 2004, pp. 110-120.

COWEN, Tyler. *How Far Back Should We Go?* In: ELSTER, J. (Org.). *Retribution and reparation in the transition to democracy*. New York: Cambridge University Press, 2006, pp. 17-32.

DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

Datafolha aponta que democracia é o melhor regime para 66%. G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/12/datafolha-aponta-que-democracia-e-o-melhor-regime-para-66-diz-jornal.html>> Acesso em: 8 dez, 2014.

Democracia e Ditadura, PO813734, 19 e 20/02/2014. Disponível em: <datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2014/03/1433561-brasileiros-preferem-democracia-mas-sao-criticos-com-seu-funcionamento.shtml> Acesso em: 23 set, 2014.

Depoimento do coronel Paulo Malhães, ex-agente do CIE. Canal CNV YouTube: Empresa Brasil de Comunicação (EBC), 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=e2SnsSYG7O0>> Acesso em: 03 abr, 2014.

DIAMOND, Larry. *Toward democratic consolidation*. In: DIAMOND, L.; PLATTNER, M. F. (Org.). *The global resurgence of democracy*. Baltimore; London: The Johns Hopkins University Press, 1996, pp. 227-240.

DUTHIE, Roger; NDULO, Muna B. *The Role of Judicial Reform in Development and Transitional Justice*. In: DUTHIE, R.; GREIFF, P. (Org.). *Transitional Justice and*

Development: Making Connections. New York: Social Science Research Council, 2009, pp. 250-281.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
 ÉBOLI, Evandro. *Comissão da Verdade não investigará crimes de esquerda*. Yahoo.
 Disponível em: <<http://br.noticias.yahoo.com/comiss%C3%A3o-verdade-investigar%C3%A1-crimes-esquerda-141024586.html>> Acesso em: 17 set, 2012.

EDUARDO BOLSONARO. *El País*. *Não vejo por que teria que ir desarmado ao protesto*.
 Disponível em:
 <http://brasil.elpais.com/brasil/2014/11/04/politica/1415057964_741125.html> Acesso em: 4 nov, 2014. Entrevista concedida a María Martín.

ELSTER, Jon. *Closing the books: Transitional Justice in Historical Perspective*. New York: Cambridge University Press, 2004.

_____. *Emotions and Transitional Justice*. *Symposium "Emotions that matter"*. University of Tennessee, 2003a.

_____. *Memory and Transitional Justice*. *Workshop "Memory of war"*. MIT, 2003b.
 Disponível em: <http://web.mit.edu/rpeters/papers/elster_memory.pdf> Acesso em 14 nov, 2012.

_____. *Moral Dilemmas of Transitional Justice* (2002), p. 8 apud POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. *Transitional Justice as Ordinary Justice*. In: *117 Harvard Law Review*, 2003, pp. 762-825.

ENTERRÍA, Eduardo García. *La Constitución Española de 1978 como Pacto Social y como Norma Jurídica*. Madrid: Inap, 2003.

European Court of Human Rights. *Application no. 2832/66; 2835/66; 2899/66. Cases of De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*. Strasbourg, 18 June 1971.

European Court of Human Rights. *Application no. 5493/72. Case of Handyside v. The United Kingdom*. Strasbourg, 7 December 1976.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: Ed. USP, 2009.

FEHER, Michel. *Terms of reconciliation*. In: HESSE, Carla; POST, Robert (Orgs.). *Human rights in political transitions: Gettysburg to Bosnia*. New York: Zone Books, 1999, p. 325 apud MEZAROBBA, Glenda. *De que se fala, quando se diz justiça de transição?* In: ASSY, Bethania; et al (Org.). *Direitos Humanos: justiça, verdade e memória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, pp. 245-259.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. *Rule of Democracy and Rule of Law*. In: PRZEWORSKI, A.; MARAVALL, J. M. (Org.). *Democracy and the Rule of Law*. New York: Cambridge University Press, 2006, pp. 242-260.

FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, M. (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, pp. 13-29.

FLÁVIA PIOVESAN. Folha de S. Paulo. *Lei de Anistia optou pelo esquecimento e pela paz sem justiça*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2801200714.htm>> Acesso em 15 jul, 2015. Entrevista concedida a Lilian Christofoletti.

FRASER, Nancy. *Escalas de Justicia*. Barcelona: Herder, 2008.

FREITAS, Lígia Barros de; KOERNER, Andrei. *O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo*. In: Revista de Cultura e Política. São Paulo: Lua Nova, n. 88, 2013, pp. 141-184.

FRIEDMAN, Jeffrey. *Democratic competence in normative and positive theory: neglected implications of "The Nature of Belief Systems in Mass Publics"*. In: *Critical Review: A Journal of Politics and Society*, Vol. 18, Ed. 1-3, 2006, pp. i-xliii.

GOMES, Marcelo. *No Alemão, Exército prende por desacato 60% do número de presos pelas Polícias em todo o Estado pelo mesmo crime*. Jornal Extra. Disponível em: <<http://extra.globo.com/casos-de-policia/no-alemao-exercito-prende-por-desacato-60-do-numero-de-presos-pelas-policias-em-todo-estado-pelo-mesmo-crime-2250441.html>> Acesso em: 12 ago, 2014.

Grécia cobra da Alemanha prejuízos que teve com a ocupação nazista. Jornal Nacional. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2015/04/grecia-cobra-da-alemanha-prejuizos-que-teve-com-ocupacao-nazista.html>> Acesso em: 8 jan, 2015.

GREIFF, Pablo de. *Transitional Justice, Security, and Development: Security and Justice Thematic Paper. World Development Report 2011, Background Paper*. Disponível em: <http://web.worldbank.org/archive/website01306/web/pdf/wdr%20background%20paper_de%20greiff_0.pdf> Acesso em: 02 mar, 2015.

GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a, vol. II.

_____. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

HANSEN, Thomas Obel. *Transitional Justice: Toward a Differentiated Theory*. In: *Oregon Review of International Law*, Vol. 13, 2011, pp. 1-46.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HAYEK, F.A. *The Road to Serfdom*. Chicago: University of Chicago Press, 1976, p. 54 apud RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. New York: Oxford University Press, 2002.

HAYNER, Priscilla. *Fifteen Truth Commissions – 1974 to 1994: A comparative study*. In: *Human Rights Quarterly*, Vol. 16, n. 4 (Nov, 1994), pp. 597-655.

HELD, David. *Modelos de Democracia*. Belo Horizonte: Paidéia, 1987.

HIRST, Paul. *A Democracia Representativa e seus Limites*. Rio de Janeiro: Zahar, 1992.

HUMPHREY, Michael. *Human Rights Politics and Transitional Justice*. Disponível em: <<http://ses.library.usyd.edu.au/bitstream/2123/4000/4/LSAANZ%20Michael%20Humphrey%20final%20paper.pdf>> Acesso em: 28 nov, 2014.

HUNTINGTON, Samuel P. *A Terceira Onda: A democratização no final de século XX*. São Paulo: Ática, 1994.

JACOBI, Pedro R. *Movimentos sociais urbanos numa época de transição: limites e potencialidades*. In: SADER, Emir (Org.). *Movimentos sociais na transição democrática*. São Paulo: Cortez, 1987, pp. 11-23.

JOWITT, Ken. *The new world disorder*. In: DIAMOND, L.; PLATTNER, M. F. (Org.). *The global resurgence of democracy*. Baltimore; London: The Johns Hopkins University Press, 1996, pp. 26-35.

Justiça Federal. 2ª Vara da Subseção Judiciária de Marabá/PA. Decisão Processo nº 1162-79.2012.4.01.3901. Marabá/PA, Brasil, 16 de março de 2012.

KANT, Immanuel. *Idéia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita*. São Paulo: Brasiliense, 1986.

KARL, Terry Lynn; SCHMITTER, Philippe C. *What democracy is... And is not*. In: DIAMOND, L.; PLATTNER, M. F. (Org.). *The global resurgence of democracy*. Baltimore; London: The Johns Hopkins University Press, 1996, pp. 49-62.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
KEHL, Maria Rita. *Tortura e sintoma social*. In: SAFATLE, Vladimir; TELES, Edson (Orgs.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010, pp.123-132.

KRATOCHVÍL, Jan. *The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights*. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 29/3, 2011, pp. 324-357.

KRÓL, Marcin. *Where east meets west*. In: DIAMOND, L.; PLATTNER, M. F. (Org.). *The global resurgence of democracy*. Baltimore; London: The Johns Hopkins University Press, 1996, pp. 358-364.

LEWIS, C. S. *Cristianismo puro e simples*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

LIMA, Wilson. *Dipp diz que Comissão da Verdade também investigará crimes da esquerda*. Ig. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2012-05-16/dipp-diz-que-comissao-da-verdade-tambem-investigara-crimes-da-es.html>> Acesso em: 19 nov, 2012.

LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. *A Transição e Consolidação da Democracia: a Experiência do Sul da Europa e da América do Sul*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

MÉNDEZ, Juan E. *Accountability for past abuses*. In: *Human Rights Quarterly*. Baltimore, v. 19, n. 2, May 1997, pp. 255-282.

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

MEZAROBBA, Glenda. *De que se fala, quando se diz justiça de transição?* In: ASSY, Bethania; et al (Org.). *Direitos Humanos: justiça, verdade e memória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, pp. 245-259.

MIHAILOVIC, Dejan. *La democracia como utopía*. México: Miguel Ángel Porrúa, 2003.

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

NINO, Carlos Santiago. *Radical Evil on Trial*. New Haven; London: Yale University Press, 1996.

NOAM CHOMSKY. *Le Monde Diplomatique Brasil. América Rebelde Uma entrevista com Noam Chomsky*. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=2>> Acesso em: 22 ago, 2014. Entrevista concedida a Daniel Mermet.

Novo presidente da Indonésia assume o cargo. Revista *Veja Online*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/mundo/novo-presidente-da-indonesia-assume-o-cargo--2>> Acesso em: 20 out, 2014.

Number and percentages of electoral democracies. Relatório *Freedom in the World*, 1989-2014. Disponível em: <http://www.freedomhouse.org/report-types/freedom-world#.U_e116N3Cho> Acesso em: 22 ago, 2014.

O'DONNELL, Guillermo. *Contrapontos: autoritarismo e democratização*. São Paulo: Vértice, 1988.

_____. *Transitions from authoritarian rule: tentative conclusions about uncertain democracies*. London: The Johns Hopkins University Press, 1986.

OLSEN, Tricia D.; PAYNE, Leigh A.; REITER, Andrew G. *The Justice Balance: When Transitional Justice Improves Human Rights and Democracy*. In: *Human Rights Quarterly*, v. 32, n. 4, November 2010a, pp. 980-1007.

_____. *Transitional Justice in balance: Comparing processes, Weighing Efficacy*. Washington, D.C.: United States Institute of Peace Press, 2010b.

Organização dos Estados Americanos. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm> Acesso em: 14 out. 2014.

- Organização das Nações Unidas. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, 23 de maio de 1969. Disponível em: < <http://dai-mre.serpro.gov.br/legislacao/convencao-de-viena-sobre-o-direito-dos-tratados-1/>> Acesso em: 16 nov. 2014.
- Organização das Nações Unidas. Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, 17 de julho de 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm> Acesso em: 16 nov. 2014.
- ORWELL, George. 1984. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- PATEMAN, Carole. *Participação e teoria democrática*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.
- PAUL VAN ZYL. *The New York Times. Helping Countries, and People, to Heal*. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2001/11/23/nyregion/public-lives-helping-countries-and-people-to-heal.html>> Acesso em: 14 nov, 2014. Entrevista concedida a Lynda Richardson.
- PINHO, Márcio; SANTIAGO, Tatiana. *Nova versão da Marcha da Família percorre ruas do Centro de SP*. G1. Disponível em: < <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/03/manifestantes-se-reunem-para-nova-versao-da-marcha-da-familia-em-sp.html>> Acesso em: 24 mar, 2014.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- PLATÃO. *A República*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.
- PLATTNER, Marc F. *The democratic moment*. In: DIAMOND, L.; PLATTNER, M. F. (Org.). *The global resurgence of democracy*. Baltimore; London: The Johns Hopkins University Press, 1996, pp. 36-48.
- POMAR, Pedro Estevam da Rocha. *O modismo “civil-militar” para designar a Ditadura Militar*. Brasil de Fato. Disponível em: <<http://www.brasildefato.com.br/node/10300>> Acesso em: 10 dez, 2012.
- POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. *Transitional Justice as Ordinary Justice*. In: 117 *Harvard Law Review*, 2003, pp. 762-825.
- POSNER, Richard A. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge; London: Harvard University Press, 2003.
- Presidente do STF assina documento inédito com CIDH nesta terça-feira (10)*. Notícias STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=284942>> Acesso em: 15 fev, 2015.
- PRZEWORSKI, Adam. *Democracy as a contingent outcome of conflicts*. In: ELSTER, J.; SLAGSTAD, R. (Org.). *Constitutionalism and democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, pp. 59-80.
- _____. *Como e onde se bloqueiam as transições para a democracia?* In: MOISÉS, J. A.; ALBUQUERQUE, J. A. G. (Org.). *Dilemas da consolidação da democracia*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, pp. 19-48.

QUINALHA, Renan Honório. *Justiça de transição: contornos do conceito*. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Editorial, 2013.

QUINT, Peter. *The Imperfect Union: Constitutional Structures of German Unification*. Princeton University Press, 1997.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *Five minutes of Legal Philosophy*. In: *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, n. 1, 2006, pp. 13-15.

_____. *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*. In: Radbruch, G, *Gesamtausgabe*, A. Kaufmann (Hg.), Heidelberg, C. F. Müller, 1990, Vol. 3, p. 89 apud ALEXY, Robert. *Una defensa de la Fórmula de Radbruch*. In: VIGO, Rodolfo Luis. *La Injusticia extrema no es Derecho (De Radbruch a Alexy)*. Buenos Aires: La Lay – U. B. A., 2004, pp. 227-251.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. New York: Oxford University Press, 2002.

ROCHA, Fernando Carlos Wanderley. *Poder político versus poder militar: algumas reflexões*. In: ARAÚJO, J. C.; et al (Org.). *Ensaio sobre impactos da Constituição Federal de 1988 na sociedade brasileira*. Brasília: Edições Câmara dos Deputados, 2008.

ROWEN, Henry S. *The tide underneath the “third wave”*. In: DIAMOND, L.; PLATTNER, M. F. (Org.). *The global resurgence of democracy*. Baltimore; London: The Johns Hopkins University Press, 1996, pp. 307-319.

SAMPAIO, José Adercio Leite. *Discurso de Legitimidade da Jurisdição Constitucional e as Mudanças Legais do Regime de Constitucionalidade no Brasil*. In: SARMENTO, D. (Org.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001, v. 1, p. 165-218.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANDOVAL, Clara. *Transitional Justice: Key Concepts, Processes and Challenges*. *Institute for Democracy and Conflict Resolution (IDCR) Briefing Paper*, 2011. Disponível em: <http://www.idcr.org.uk/wp-content/uploads/2010/09/07_11.pdf> Acesso em: 14 mai, 2014.

SANTOS, Boaventura Souza. *Towards a Multicultural Conception of Human Rights*. In: FEATHERSTONE, Mike; LASH, Scott (Orgs.). *Spaces of Culture*. London: Sage, 1999. Traduzido como “As tensões da modernidade”. Biblioteca Alternativa do Fórum Social Mundial. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1325792284_As%20tens%C3%B5es%20da%20Modernidade%20-%20Boaventura%20de%20Sousa%20Santos.pdf> Acesso em: 15 jul, 2015.

SANTOS FILHO, José Juiz Niemeyer. *Comissão da Verdade tem de incluir elites civis*. Folha de S. Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/33664-comissao-da-verdade-tem-de-incluir-elites-civis.shtml>> Acesso em: 27 mar, 2012.

SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades*. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009, pp. 113-147.

_____. *Por Um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.

SARTORI, Giovanni. *A Teoria da Democracia Revisitada*. V. 2. São Paulo: Ática, 1994.

SCHMITTER, Philippe C. *Dangers and dilemmas of democracy*. In: DIAMOND, L.; PLATTNER, M. F. (Org.). *The global resurgence of democracy*. Baltimore; London: The Johns Hopkins University Press, 1996, pp.76-93.

_____. *Perspectivas da democracia no mundo contemporâneo: mais liberal, pré-liberal ou pós-liberal?* In: GERSCHMAN, S.; VIANNA, M. L. W. (Org.). *A miragem da pós-modernidade: democracia e políticas sociais no contexto da globalização*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1997, pp. 31-42.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

Securing peace and development: the role of the United Nations in supporting security sector reform. Report of the Secretary-General, UN Doc. A/62/659-S/2008/39.

SEN, Amartya. *La democracia y sus raíces globales*. España: Intervención Cultural; El Viejo Topo, 2006.

SILVA, Alexandre Garrido; VIEIRA, José Ribas. *Justiça transicional, direitos humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil*. In: Rev. da Fac. Min. de Direito, Belo Horizonte, v. 11, n. 22, pp. 19-46, 2º sem. 2008, pp. 19-46.

STEPAN, Alfred. *Paths Toward Redemocratization: Theoretical and Comparative Considerations*. In: O'Donnell, Guillermo; SCHMITTER, Philippe; WHITEHEAD, Laurence (Orgs.). *Transitions from Authoritarian Rule: Comparative Perspectives*. Baltimore: John Hopkins University Press, 1986, pp. 64-84, p. 80 apud LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. *A Transição e Consolidação da Democracia: a Experiência do Sul da Europa e da América do Sul*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. *O Fenômeno Constitucional e suas Três Forças*. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D.; BINENBOJM, G. (Org.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009.

Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADPF nº 153. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Arguido: Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, Brasil, 29 de abril de 2010.

Supremo Tribunal Federal. Petição Inicial ADPF nº 153. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Arguido: Congresso Nacional. Brasília, Brasil, 21 de outubro de 2008.

SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. *Punição para os crimes da ditadura militar: contornos do debate*. In: DIMOULIS, D.; MARTINS, A.; SWENSSON JUNIOR, L. J. (Org.). *Justiça de Transição no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 23-59.

TEITEL, Ruti G. *Transitional justice*. New York: Oxford University Press, 2002.

_____. *Transitional justice genealogy*. In: *Harvard Human Rights Journal*. Cambridge (MA), v. 16, Spring/2003, pp. 69-94.

TERRA, Ricardo Ribeiro. *Algumas questões sobre a filosofia da história em Kant*. In: TERRA, R. R. (Org.). *Idéia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita*. São Paulo: Brasiliense, 1986, pp. 43-74.

The Chicago Principles on Post-Conflict Justice. Disponível em: <https://law.depaul.edu/about/centers-and-institutes/international-human-rights-law-institute/projects/Documents/chicago_principles.pdf> Acesso em: 10 mar, 2015.

The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies. Report of the Secretary-General, UN Doc. S/2004/616.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos: “K. – H. W. v. Alemania”. In: VIGO, Rodolfo Luis. *La Injusticia extrema no es Derecho (De Radbruch a Alexy)*. Buenos Aires: La Lay – U. B. A., 2004, pp. 135-166.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Streletz, Kessler y Krenz v. Alemania. In: VIGO, Rodolfo Luis. *La Injusticia extrema no es Derecho (De Radbruch a Alexy)*. Buenos Aires: La Lay – U. B. A., 2004, pp. 101-133.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Reflexiones sobre el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. In: COX, Francisco; Méndez, Juan E (Orgs.). *El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998.

_____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Vol. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A desigualdade e a subversão do estado de direito*. In: Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 1, jun. 2008, pp. 185-201.

VITULLO, Gabriel Eduardo. *Além da transitologia e da consolidologia: um estudo da democracia argentina realmente existente*. Porto Alegre, 2005. 343 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

_____. *Transitologia, consolidologia e democracia na América Latina: uma revisão crítica*. In: Revista de Sociologia e Política, Curitiba, n. 17, nov. 2001, pp. 53-60.

WALDRON, Jeremy. *Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?* Disponível em: <<http://www.cesl.edu.cn/upload/201404125649797.pdf>> Acesso em: jan, 2015.

WEBER, Max. *Economy and Society*. Los Angeles; London: University of California Press, 1978.

WEFFORT, Francisco C. *Incertezas da transição na América Latina*. In: MOISÉS, J. A.; ALBUQUERQUE, J. A. G. (Org.). *Dilemas da consolidação da democracia*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, pp. 69-116.

WINTER, Stephen. *Towards a Unified Theory of Transitional Justice*. In: *International Journal of Transitional Justice*, 2013, pp. 1-21.

ZAVERUCHA, Jorge. *Frágil democracia: Collor, Itamar, FHC e os militares*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

_____. *Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988*. In: SAFATLE, Vladimir; TELES, Edson (Orgs.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010, pp. 41-76.