

Justiça transicional, Direitos humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil

Alexandre Garrido da Silva*

José Ribas Vieira**

RESUMO. O artigo aborda as relações entre a justiça transicional, a internacionalização dos direitos humanos e o caráter seletivo do ativismo judicial no Brasil. Em primeiro lugar, o artigo analisará as dimensões da justiça transicional. Em segundo lugar, com apoio na obra de Jon Elster, serão discutidas as principais motivações, instituições, decisões e limitações impostas à justiça transicional. Por último, após a análise de casos jurídicos, serão problematizados os principais fatores responsáveis pela seletividade do ativismo judicial em matéria de justiça transicional no contexto jurídico-político brasileiro.

Palavras-chave: Justiça transicional. Direitos Humanos. Ativismo judicial.

Introdução

O tema da justiça transicional, retroativa ou reparadora (*transitional justice*), vem ganhando destaque no debate jurídico nos últimos anos na América Latina. O caso *Barrios Altos* no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no qual o Estado peruano foi responsabilizado pelo massacre de dissidentes políticos do regime autoritário de Alberto Fujimori¹, bem como por ter anistiado de modo unilateral tais delitos. A importante decisão da Suprema Corte de Justiça da Argentina,

* Doutorando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bolsista de pesquisa em Doutorado pelo CNPq.

** Professor associado de Direito do Estado na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e professor titular de Direito Constitucional na Universidade Federal Fluminense (UFF).

¹ Caso *Chumbipuma Aguirre y otros vs. Peru*, Corte Interamericana de Direitos Humanos, sentença proferida em 14 de março de 2001.

proferida no ano de 2005, sobre a inconstitucionalidade das Leis do Ponto Final e da Obediência Devida² e a repercussão do caso *Pinochet* em termos de justiça internacional, contribuíram, sem dúvida, para o ingresso de tal temática nos fóruns jurídicos. Antes, as demandas sobre justiça transicional eram discutidas – tanto do ponto de vista teórico quanto prático – quase que exclusivamente por militantes e atores políticos, cientistas sociais e historiadores.

Após vinte anos da promulgação de nosso texto constitucional, mesmo com a estruturação de planos, secretarias e comissões pelo Poder Executivo destinados à garantia e promoção dos direitos humanos em suas múltiplas dimensões, a promulgação de importantes leis que representam um avanço significativo no tema³, assim como o reconhecimento e a incorporação de normas internacionais de direitos humanos ao longo dos anos noventa⁴, violações sistemáticas de tais direitos persistem e se intensificam atualmente na sociedade brasileira. A realidade constitucional brasileira, com a exceção de relevantes avanços pontuais no que se refere à sua efetividade, permanece essencialmente “simbólica⁵”, muito distanciada das pretensões normativas do texto constitucional em matéria de garantia e promoção dos direitos humanos e fundamentais.

² CSJN, Simón, Julio Héctor y otros, Causa n. 17.768, decisão de 14 de junho de 2005.

³ Criação em 1996 do Programa Nacional de Direitos Humanos (Decreto 1.904/96) e da Secretaria Nacional de Direitos Humanos no ano de 1998. Criação, em 1995, da Comissão Especial de Reconhecimento dos Mortos e Desaparecidos Políticos com a promulgação da Lei 9.140/95. Criação, pelo governo Lula, da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres e da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, ambas com *status* ministerial. Atribuição de *status* ministerial, também, à Secretaria Nacional de Direitos Humanos, agora com o nome de Secretaria Especial de Direitos Humanos (http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sedh/). Aprovação pelo Congresso e promulgação da Lei 11.340/2006, conhecida como a “Lei Maria da Penha”.

⁴ Os Pactos Internacionais sobre Direitos Cívicos e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foram aprovados pelo Decreto Legislativo n. 226 de 1991 e promulgados, respectivamente, pelos Decretos n. 592 e n. 593 de 1992. A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 27 de 1992 e promulgada pelo Decreto n. 678 de 1992.

⁵ Cf. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Como exemplos, podemos citar as reiteradas violações de direitos humanos praticadas pelas instituições policiais nos grandes centros urbanos, a persistência de trabalho escravo em pleno século XXI, as diferentes formas de discriminação, veladas ou não, com apoio em critérios de raça, opção sexual, gênero e deficiência, a criminalização das lutas pela reforma agrária e a violência praticada sistematicamente contra as populações indígenas. Além disso, recentes relatórios de organizações internacionais de direitos humanos apontam para a persistência, a aceitação e a difusão do emprego de tortura pelas instituições responsáveis pela repressão estatal⁶. Ao lado de tais graves problemas, tivemos ao longo desse período, com a contribuição – por via omissiva – dos principais meios de comunicação de massa, a construção da “política do esquecimento” no tocante às pretensões de busca pela verdade, resgate da memória, condenação e reparação dos delitos cometidos por militares e burocratas civis vinculados ao regime autoritário no Brasil. Criou-se, assim, a idéia de reconciliação como esquecimento e, conseqüentemente, como impunidade.

Em primeiro lugar, o presente artigo abordará as principais dimensões da justiça transicional, conforme a perspectiva normativa. Em segundo lugar, com apoio em importante obra de Jon Elster sobre o tema⁷, serão estudadas as motivações, as instituições, as decisões e as limitações impostas à justiça transicional segundo a perspectiva descritiva. Em seguida, a partir da análise e da problematização de casos jurídicos na Argentina e no Brasil, serão discutidos os temas da internacionalização dos direitos humanos, da judicialização da megapolítica e do Estado de Exceção e sua relação com a temática sobre a justiça de transição no contexto político-jurídico brasileiro. Finalmente, será discutida e defendida a tese acerca do caráter essencialmente seletivo, ainda hegemônico, do

⁶ Por exemplo, o relatório da organização não governamental *Human Rights Watch* divulgado em janeiro de 2007. Disponível em: <<http://hrw.org/portuguese/>>.

⁷ ELSTER, Jon. *Rendición de cuentas: la justicia transicional em perspectiva histórica*. Buenos Aires: Katz, 2006.

ativismo judicial no tocante, especialmente, ao tema da justiça transicional no âmbito do Poder Judiciário brasileiro.

1 - As dimensões da justiça transicional

A *justiça transicional* (ou "*justiça retroativa*") abarca os diferentes enfoques que são utilizados pelas sociedades para enfrentar as consequências de abusos generalizados ou sistemáticos em matéria de direitos humanos, tendo em vista a sua transição a partir de um período de opressão ou de conflitos violentos para a etapa de paz, democracia, predomínio do Estado de Direito e de respeito aos direitos individuais e coletivos⁸.

Segundo Jon Elster, "[...] a justiça transicional é composta pelos processos de juízos, expurgos e reparações que têm lugar no período de transição de um regime político para outro"⁹. Neste período de transição politicamente turbulento surgem os seguintes problemas práticos que necessitam ser resolvidos em um curto espaço de tempo: (a) como fazer com que os líderes do regime político anterior "prestem contas" de seus atos políticos e dos crimes cometidos, bem como impedir que continuem exercendo influência política relevante no futuro?; (b) Como construir um novo - e melhor - regime político?; (c) O que fazer com as vítimas do regime político anterior?; (d) Como conciliar a busca por justiça - rápida, ágil e severa com os criminosos - com a reestruturação econômica e política da sociedade?

De acordo com a perspectiva transicional de justiça, "[...] não reconhecer os abusos do passado pode perpetuar conflitos ingovernáveis. As estratégias de consolidação da paz devem basear-se no exame rigoroso das causas subjacentes e dos efeitos derivados de conflitos anteriores"¹⁰. É importante

⁸ Cf. Relatório das atividades do Centro Internacional para Justiça Transicional (ICTJ) no período 2004-2005, p. 2. Disponível em: <www.ictj.org>.

⁹ ELSTER, Jon. *Rendición de cuentas: la justicia transicional em perspectiva histórica*, cit., p. 16.

¹⁰ Relatório do ICTJ no período 2004-2005, p. 4. Disponível em: <www.ictj.org>.

ressaltar que as violações dos direitos humanos não constituem a propriedade exclusiva de sociedades pobres, em desenvolvimento ou que enfrentaram recentemente um processo de transição política em direção à democracia. Segundo tal perspectiva de justiça, os desafios globais presentes na atualidade exigem que enfrentemos a história oculta das injustiças em democracias consolidadas com o mesmo vigor com o qual atacamos os abusos em sociedades que emergem de um conflito ou ditadura¹¹.

A justiça em sua dimensão transicional pressupõe a confrontação com o passado e apóia-se no pleno reconhecimento da universalidade dos direitos humanos, exigindo, assim, que os Estados detenham, investiguem, castiguem, reparem e impeçam futuras violações de tais direitos em seus territórios.

Neste sentido, as principais dimensões da justiça transicional são: (1) Julgamento dos responsáveis pelos abusos em matéria de direitos humanos nos planos nacional e internacional; (2) Determinação do caráter e da magnitude total dos abusos do passado através de iniciativas que busquem a verdade, tais como “comissões da verdade” nacionais e internacionais; (3) Reparações compensatórias, restauradoras, reabilitadoras e simbólicas às vítimas do regime político anterior. Esta dimensão envolve as seguintes dificuldades: definir conceitos e objetivos de modo claro, abordar as questões financeiras e responder de modo equitativo às diferentes classes de violações dos direitos humanos; (4) Reformas institucionais que incluam, por exemplo, a “depuração administrativa”, isto é, “o processo de exclusão de pessoas de cargos públicos sobre as

¹¹ Cf. Relatório do ICTJ, *cit.*, p. 7. Neste sentido, podemos citar o caso canadense das escolas residenciais responsáveis pela aculturação da população indígena *Inuit*, bem como o caso da morte de cinco manifestantes por adeptos da *Ku Klux Klan* e do neonazismo na cidade de Greensboro na Carolina do Norte (EUA). Confira, também, o excelente artigo de Ramona Vijayarasa sobre a busca por verdade e reconciliação a partir de 1995 para as “gerações roubadas” na Austrália: VIJAYARASA, Ramona. Verdade e reconciliação para as “gerações roubadas”: revisitando a história da Austrália. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, número 7, ano 4, p. 129-151, 2007.

quais se tem conhecimento da prática de abusos em matéria de direitos humanos ou participado em práticas de corrupção¹²; (5) Promoção de reconciliação em comunidades divididas, o que inclui trabalhar com as vítimas em mecanismos de justiça tradicional e facilitar a reconstrução social¹³; (6) Construção de monumentos e museus para preservar a memória do passado; (7) Consideração da questão de gênero com o objetivo de melhorar a justiça para as mulheres que foram vítimas de violações dos direitos humanos.

A implementação das dimensões da justiça transicional é atravessada pela tensão permanente entre fato e norma, ou seja, entre as condições objetivas (políticas e econômicas, por exemplo) existentes na sociedade e os ideais de verdade, reparação e reconciliação propugnados pela justiça de transição. Uma dimensão particularmente controversa é a que se refere à reconciliação das forças antagônicas de cada país. Na América Latina, em particular, o termo “reconciliação” tem sido utilizado como argumento pragmático para justificar a ausência ou limitação de medidas de justiça, verdade, reparação das vítimas e punição dos responsáveis¹⁴. Segundo Juan Méndez, “a reconciliação é um objetivo fundamental de qualquer política de justiça de transição porque o que não queremos é que se reproduza o conflito¹⁵”.

2 - A justiça transicional em perspectiva histórica: a tensão entre fato e norma para a consolidação da democracia

No tópico anterior a justiça transicional foi apresentada de modo prescritivo ou normativo, ou seja, destacando os

¹² Relatório do ICTJ, *cit.*, p. 2.

¹³ Cf. Relatório do ICTJ, *cit.*, p. 13. A reconciliação legítima deve distinguir-se dos esforços para usar a reconciliação como um elemento que substitua a justiça. Não pode haver desigualdades na distribuição dos ônus da reconciliação. Os esforços de reconciliação não devem preconizar uma “amnésia forçada”, mas, pelo contrário, um processo que confronte abertamente o passado.

¹⁴ MEZAROBBA, Glenda. Entrevista com Juan Méndez, Presidente do International Center for Transitional Justice (ICTJ). *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, número 7, ano 4, 2007, p. 171.

¹⁵ *Id.*, *ibid.*, p. 171.

objetivos e os ideais inscritos em suas diferentes dimensões. Jon Elster, seguindo perspectiva distinta, propõe um estudo positivo ou descritivo do tema, afastando-se, assim, da tentativa teórica de desenvolver uma teoria da justiça transicional com pretensões universalizantes.

Na segunda parte da obra “*Closing the books: transitional justice in historical perspective*”, Elster desenvolve a teoria analítica – não normativa – da justiça transicional ao estudar os seus principais padrões de variação ao longo do tempo em diferentes sociedades e momentos históricos decisivos. Segundo o autor, a análise da justiça transicional é parte do “estudo empírico da justiça¹⁶”. As variáveis estudadas pelo autor, que são importantes para a explicação da *forma* e do grau de intensidade assumidos pelo processo de justiça transicional em diferentes países e momentos históricos, são as seguintes:

2.1 – A motivação da justiça

Para Jon Elster, a motivação dos agentes que promovem o processo de “reparação” ou “prestação de contas” baseia-se em uma tríade integrada pela (a) razão como concepção de justiça, (b) interesse e (c) emoção. A ideologia política é o componente que sintetiza os três elementos (razão + interesse + emoção). De acordo com o autor, “na justiça transicional, o desejo de vingança de base emocional pode, em certo sentido, ser mais forte do que o desejo de que se faça justiça de modo imparcial¹⁷”.

2.2 – As instituições da justiça

A justiça transicional pode assumir diferentes formas institucionais, mais ou menos legais, percorrendo um espectro, com a justiça política pura em um extremo e a justiça legal pura em outro. Os dois “tipos ideais” (no sentido weberiano) de institucionalização da justiça transicional são: (a) *justiça política pura*: ocorre quando o Poder Executivo do novo governo (ou

¹⁶ ELSTER, Jon. *Rendición de cuentas: la justicia transicional em perspectiva histórica*, cit., p. 100.

¹⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 103.

potência ocupante), de modo unilateral e sem possibilidade de apelação, decide quem são os criminosos e o que deverá ser feito com eles. A justiça política pura assume, em regra, a forma de uma “justiça orquestrada”, isto é, uma modalidade de justiça política pura com “aparência de legalidade”, cuja principal característica consiste na certeza de que o resultado do julgamento encontra-se definido de antemão. (b) *justiça legal pura*: seus pressupostos são a independência e a imparcialidade do Poder Judiciário, a definição de regras “claras” a serem aplicadas, o respeito ao devido processo legal e a incerteza do resultado. Segundo Jon Elster, com apoio em boas ou más razões, a história tem demonstrado que “estes requisitos são violados sistematicamente no âmbito da justiça transicional¹⁸”. Constituem, ainda, requisitos da justiça legal pura as audiências públicas, o direito de escolher advogado, o direito de apelação, a observância do princípio da irretroatividade da lei, o respeito aos prazos de prescrição, a individualização da culpabilidade, a presunção de inocência, dentre outros.

Até que ponto a justiça transicional se aproxima de um dos dois tipos ideais explicitados acima, depende do tipo de sociedade e da natureza da situação. As transições políticas ocorrem em contextos históricos e institucionais excepcionais, de tal modo que, inclusive em sociedades acostumadas com a “observância da lei”, um ou mais critérios da justiça legal pura foram violados em período de justiça transicional.

O principal critério para análise do caráter minimamente legal da institucionalização da justiça de transição é a existência de relativa incerteza dos resultados dos julgamentos levados a termo pelos órgãos competentes para tanto que, em regra, são os tribunais. Elster aplica, assim, à justiça transicional a característica fundamental dos regimes democráticos apontada por Adam Przeworski: em uma democracia ninguém pode estar completamente certo *ex ante* de

¹⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 109.

que seu partido vencerá as eleições¹⁹. No mesmo sentido, a “depuração administrativa”, outra dimensão da justiça de transição, apenas se aproxima da justiça legal quando as sanções impostas aos membros da burocracia estatal ligada ao regime político anterior podem ser revistas pelos tribunais.

2.3 - *As decisões da justiça transicional*

O resultado da justiça transicional consiste em uma série de decisões legislativas, administrativas e judiciais. Evidentemente, muitas dessas decisões não são tomadas levando em consideração todas as opções existentes ou idealmente possíveis. Nas transições políticas negociadas, em especial, nem todas as opções – sobretudo as consideradas mais radicais pelos detentores do poder – são discutidas como requisito para a “entrega” ou “transmissão” do poder político aos representantes recém eleitos.

Nas transições negociadas, os líderes ou grupos políticos até então dominantes podem excluir algumas opções como condição necessária para a passagem do poder político como, por exemplo, a manutenção do sigilo de documentos estatais referentes ao período em que estiveram no poder por tempo determinado ou não, assim como a aprovação de leis de anistia ou, ainda, a simples decretação unilateral de auto-anistia pelo Poder Executivo. Em um contexto de transição política, a justiça transicional envolve uma série de decisões substantivas e procedimentais que, nas palavras de Jon Elster, são, a um só tempo, “dramáticas e traumáticas²⁰” do ponto de vista político: *Decisões substantivas*: (a) ocupar-se ou não com os crimes do passado? Em caso afirmativo; (b) quais são os crimes e quem são os criminosos?; (c) que fazer com eles?; (d) que fazer com os funcionários públicos que colaboraram com o regime anterior? (e) Como compensar ou reparar os danos sofridos pelas

¹⁹ Cf. PRZEWORSKI, Adam. La democracia como resultado contingente de conflictos. In: ELSTER, Jon. SLAGSTAD, Rune (Ed.). *Constitucionalismo y democracia*. Traducción de Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 89-110.

²⁰ ELSTER, Jon. *Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica*. *Op. cit.*, p. 142.

vítimas? *Decisões procedimentais que afastam a justiça transicional do modelo legal puro*: (a) detenções ilegais; (b) presunção de culpabilidade; (c) seleção parcial de jurados e magistrados; (d) ausência ou insuficiência de procedimentos contraditórios; (e) ausência de apelação; (f) seleção arbitrária de acusados; (g) constituição de tribunais especiais; (h) legislação retroativa; (i) extensão ou redução dos prazos de prescrição; (j) justiça demorada ou acelerada.

As decisões substantivas referem-se a quem o novo regime deve julgar, sancionar, reparar e, ainda, como deverá fazê-lo. Além disso, a justiça de transição abarca certas decisões procedimentais que a afastam do tipo ideal, anteriormente visto, da justiça legal pura, principalmente no tocante ao princípio da irretroatividade das leis (*nulla poena sine lege*) para o processamento e a punição de crimes cometidos no período político anterior.

Dentre as decisões elencadas acima, a primeira questão – e a mais fundamental – é se o novo regime irá ou não se ocupar com os crimes cometidos no passado. No Brasil, com a promulgação da Lei de Anistia (Lei 6.683/79) durante o último governo militar do General João Batista Figueiredo, assim como o exemplo da auto-anistia outorgada pelos próprios militares no Chile, a resposta à referida questão foi negativa. A Lei de Anistia foi interpretada e aplicada de modo a ampliar os seus efeitos para abarcar, também, militares e policiais envolvidos com a violação de direitos humanos contra opositores políticos do regime. De um modo geral, os meios de comunicação de massa não conferiram destaque às questões sobre a busca pela verdade, os pleitos e a situação dos familiares de desaparecidos políticos e a necessidade de reparação para as vítimas da ditadura.

Com relação à luta de perseguidos políticos e de familiares de mortos e desaparecidos políticos pela memória da ditadura, em 1995 foi promulgada, pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso, a Lei 9.140/95 responsável pela criação da Comissão Especial de Reconhecimento dos Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP), por intermédio da qual o

Estado brasileiro reconheceu a sua responsabilidade no assassinato de 136 pessoas desaparecidas por razões políticas²¹.

No ano de 2003, o presidente Luís Inácio Lula da Silva criou uma comissão interministerial com o objetivo de obter informações sobre os corpos de desaparecidos políticos durante a guerrilha do Araguaia²². Os objetivos da comissão consistiram na responsabilidade de restituir às famílias os restos mortais de desaparecidos políticos que fossem encontrados e estabelecer a versão oficial do Estado brasileiro acerca dos acontecimentos. Os trabalhos da comissão foram desenvolvidos, porém, sob duas condições impostas pelos militares: em primeiro lugar, as informações casualmente encontradas não seriam utilizadas para a proposição e justificativa pelo governo de eventual revisão da Lei de Anistia. Em segundo lugar, na busca pelos corpos dos desaparecidos políticos da guerrilha do Araguaia deveriam ser mantidas em sigilo as identidades das fontes de informação no âmbito das Forças Armadas. Como resultado das atividades das comissões supramencionadas, foi publicado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos no ano de 2007 o relatório intitulado “Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos²³”.

No entanto, anos após a redemocratização do país, tanto o governo de Fernando Henrique Cardoso quanto o de Luís Inácio Lula da Silva foram responsáveis pela promulgação de decretos que estenderam por prazo indeterminado o caráter sigiloso de documentos oficiais considerados “altamente secretos”, vindo a ser tal matéria, posteriormente, disciplinada em lei e promulgada pelo atual governo, que invoca, como o seu antecessor, a segurança da sociedade e do Estado como

²¹ Cf. SANTOS, Cecília MacDowell. Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, número 7, ano 4, 2007, p. 34 *et seq.*

²² Decreto n. 4.850/03.

²³ Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sedh>.

justificativa para a manutenção do caráter sigiloso de tais documentos²⁴.

2.4 - Limitações impostas à justiça transicional

Jon Elster enumera três limitações fundamentais à efetivação da justiça transicional: em primeiro lugar, a questão das cláusulas ou leis de anistia como condição política necessária para a transição negociada e a consolidação do novo regime político. Em situações extremas, em regra nos regimes militares autoritários, a transferência pacífica do poder político e, principalmente, a sua consolidação, dependem, em grande medida, da limitação contextual das pretensões normativas erguidas pelas diferentes dimensões da justiça transicional. Em segundo lugar, a existência de limitações econômicas e administrativas para a implementação das diferentes dimensões da justiça de transição já analisadas. Esta limitação pode ser sintetizada na seguinte pergunta dramática: “[...] reconstruir ou punir”? Por último, há também o problema da existência de aspirações incompatíveis em um cenário de escassez de tempo e de recursos, ou seja, é impossível alcançar, de uma só vez, justiça veloz, ágil, severa, justa, exaustiva e eficaz²⁵.

Como a justiça de transição é, conforme vimos, fortemente marcada pela carga emotiva por parte dos atores envolvidos, o fator tempo também se revela como uma importante limitação das pretensões normativas da justiça transicional, pois, como ressalta Jon Elster, “[...] o desejo de retribuição diminui se é demasiado longo o intervalo entre os

²⁴ Cf. Lei n. 11.111/2005 (disciplina o acesso aos documentos públicos); Decreto n. 5.301/2004, assinado pelo presidente Luís Inácio Lula da Silva; Decreto n. 4.553/2002 (que dispõe sobre a classificação segundo o grau de sigilo de documentos segundo o interesse de segurança da sociedade e do Estado, assinado pelo ex-presidente Fernando Henrique Cardoso); Lei n. 8.159/1991 (que dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados).

²⁵ ELSTER, Jon. *Rendición de cuentas: la justicia transicional em perspectiva histórica*. *Op. cit.*, p. 247.

crimes e a transição, e também se passa muito tempo entre a transição e os julgamentos dos crimes²⁶”.

Com relação ao Poder Judiciário, assevera o autor que “em muitos casos, o Poder Judicial fez parte do regime que deve ser julgado²⁷”, constituindo a escassez de juízes “confiáveis” uma limitação muito importante para a justiça de transição rumo ao regime democrático. Um caso emblemático é o da Alemanha após a derrota do nacional-socialismo em 1945, oportunidade na qual “o Poder Judicial alemão caracterizou-se particularmente por sua atitude obstrucionista ante os crimes cometidos pelos criminosos nazistas, incluídos (especialmente) os juízes nazistas²⁸”. No âmbito da justiça transicional, especialmente em contextos políticos marcados pela transição negociada (Brasil, Argentina e Chile, por exemplo), os tribunais e as legislaturas constituem fontes de incerteza quanto à manutenção dos termos pactuados entre as forças políticas antagônicas ao tempo da transição do regime.

Neste sentido, nada impede que, no futuro, diante de uma situação de consolidação das instituições democráticas, a corte suprema e os tribunais inferiores venham a invalidar os termos da negociação ao tempo da transição, que foram materializados “juridicamente” em decretos de auto-anistia ou em leis sobre anistia política com a pretensão de manter a impunidade de políticos, de militares e de burocratas vinculados ao regime anterior.

Conforme veremos adiante, esta parece ser a situação atual no caso da Argentina, concretizada em importante decisão da Suprema Corte de Justiça da Argentina no ano de 2005 sobre a inconstitucionalidade das leis sobre o “Ponto Final” e a “Obediência Devida” e que, por diferentes fatores que serão analisados adiante, não vem sendo perfilhada, na mesma intensidade, pelo Poder Judiciário brasileiro sobre o tema.

²⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 260.

²⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 249.

²⁸ *Idem.*

3 – Justiça transicional e a internacionalização dos direitos humanos

Com o objetivo de conferir maior concretude à análise da justiça transicional, serão abordados casos jurídicos e pesquisa empírica referentes às realidades argentina e brasileira. Em primeiro lugar, será abordada a recente decisão da Suprema Corte de Justiça da Argentina sobre a inconstitucionalidade, com suporte em normas internacionais de direitos humanos, das leis de anistia promulgadas durante o processo de redemocratização do país durante o governo de Raul Alfonsín, concebidas à época como instrumentos de “pacificação” e de “reconciliação” indispensáveis para a consolidação do novo regime político. Este importante ponto se relaciona com a afirmação de Jon Elster, analisada anteriormente, sobre o papel desempenhado pelos tribunais e legislaturas como fontes de incerteza para a manutenção, no futuro, dos acordos políticos pactuados no período de transição política.

Em seguida, com apoio em pesquisa empírica realizada com juízes e desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro²⁹, discutir-se-á como o desconhecimento do funcionamento dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos da ONU e da OEA, do conteúdo das decisões de suas cortes internacionais de justiça, assim como o baixo índice de utilização das convenções internacionais de repúdio e de combate à tortura, contribuem, em grande medida, para a seletividade do ativismo judicial brasileiro em matéria de justiça transicional.

Por último, serão apresentados diferentes posicionamentos doutrinários sobre os polêmicos temas acerca da revisão da Lei de Anistia e da abertura e publicação dos documentos altamente secretos referentes ao período militar de nossa recente história política.

²⁹ Cf. CUNHA, José Ricardo *et al.* Direitos Humanos e justiciabilidade: pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, número 3, ano 2, p. 139-172, 2005.

3. 1 - A reabertura pelo Poder Judiciário dos processos pelos crimes da ditadura militar argentina

Em 14 de junho de 2005, a Corte Suprema de Justiça da Argentina declarou a inconstitucionalidade das leis do Ponto Final (23.492) e da Obediência Devida (23.521) que impediam a punição dos crimes contra a humanidade cometidos pela ditadura militar argentina entre os anos de 1975 e 1983.

O objetivo das leis do Ponto Final e da Obediência Devida foi o de anistiar os oficiais em postos de níveis médio e baixo na hierarquia militar. O principal argumento apresentado à opinião pública no período da redemocratização apresentou tal medida como sendo necessária para a promoção da paz social e da reconciliação nacional. Em 1987³⁰, pela primeira vez a Corte Suprema de Justiça da Argentina analisou a constitucionalidade das referidas leis, oportunidade em que declarou constitucionais com fundamento no argumento de que não caberia ao Poder Judiciário avaliar a conveniência dos meios escolhidos pelo Poder Legislativo e pelo Executivo em questões eminentemente políticas. Caberia aos tribunais, segundo o entendimento majoritário, acatar a ponderação de interesses realizada pelo legislador no momento da elaboração das leis mencionadas. Nesta oportunidade, em plena redemocratização, a Corte assumiu uma postura clara de *self-restraint*, evitando adentrar no mérito e revisar o acordo político firmado entre os diferentes grupos de interesse na sociedade naquele momento excepcional de transição política.

Após a incorporação dos tratados de direitos humanos à Constituição argentina em 1994 com *status* de norma constitucional³¹, a Corte Suprema da Argentina passou a firmar entendimento distinto no sentido de que “[...] as obrigações de hierarquia constitucional assumidas diante da comunidade internacional, cujo alcance foi definido ao longo do tempo, limitam o poder do direito interno de perdoar ou omitir a

³⁰ CSJN, decisão de 22 de junho de 1987.

³¹ Art. 75, inciso 22 da Constituição Argentina.

punição dos fatos que constituem graves violações aos direitos humanos³²". Em 1998, após o julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos do caso Velásquez Rodríguez, no qual foi estabelecida a obrigação dos Estados-membros de prevenir, investigar e punir as violações dos direitos humanos³³, a Suprema Corte reconheceu o dever do Estado de investigar os fatos e delitos ocorridos durante a ditadura, sendo estabelecido, assim, o direito à verdade. Em seguida, passaram a ser abertos nas instâncias inferiores processos de busca pela verdade em todo o país. Nos anos seguintes, progressivamente, os tribunais inferiores começaram a declarar a nulidade das leis e a reabrir processos por violações dos direitos humanos cometidas durante a ditadura militar, que haviam permanecido arquivados por aproximadamente duas décadas.

No ano de 1998, pressionado política e socialmente, o Congresso Nacional decidiu pela revogação das leis do Ponto Final e da Obediência Devida, porém, o entendimento predominante, em nome da segurança jurídica, restringiu os efeitos da revogação somente para o futuro, não sendo aplicáveis às decisões anteriores à mesma. Anos depois, em 2005, a Corte Suprema argentina decidiu – adotando postura abertamente internacionalista em matéria de direitos humanos – que os tribunais deveriam adotar as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos como paradigma interpretativo, além do informe n. 28/92 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Segundo a recomendação da Comissão, “[...] o fato de os processos criminais por violações dos direitos humanos – desaparecimentos, execuções sumárias, tortura, sequestros – cometidos por membros das Forças Armadas terem sido cancelados pelas leis [...] e pelo Decreto 1002/89, constitui violação aos direitos garantidos pela Convenção, e [...] que tais dispositivos são incompatíveis com o artigo 18 (direito à justiça) da Declaração Americana dos

³² GUEMBE, Maria José. Reabertura dos processos pelos crimes da ditadura militar argentina. *SUR – Revista internacional de direitos humanos*, número 3, ano 2, 2005, p. 122.

³³ Corte IDH, sentença de 29 de julho de 1998, série C, n. 4.

Direitos e Deveres do Homem e com os artigos 1º, 8º e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos³⁴”.

A Corte Suprema, em sintonia com as decisões e recomendações das organizações internacionais, também buscou fundamentar a sua decisão com apoio nas diretrizes do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, segundo o qual, “quando funcionários públicos ou agentes do Estado cometeram violações dos direitos estabelecidos pelo Pacto [...] os Estados-parte não podem eximir os autores de sua responsabilidade pessoal, como ocorreu com determinadas anistias³⁵”.

Neste sentido, a Suprema Corte da Argentina declarou a inconstitucionalidade das leis do Ponto Final e da Obediência Devida, a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e a ilegalidade de qualquer ato nelas fundado que tivesse como objetivo obstaculizar o avanço dos processos que estavam sendo instruídos, ao julgamento e eventual condenação dos responsáveis ou, ainda, que pudessem obstruir as investigações sobre a prática de crimes contra a humanidade cometidos naquele período político em território argentino.

3.2 - Poder Judiciário e os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos

Nos anos de 2004 a 2006 foi realizada uma pesquisa empírica, mediante a realização de entrevistas e aplicação de um questionário estruturado³⁶, na comarca da capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, com objetivo de aferir o grau de justiciabilidade das normas internacionais

³⁴ GUEMBE, Maria José. *Reabertura dos processos pelos crimes da ditadura militar argentina*. *Op. cit.*, p. 131.

³⁵ *Id.*, *ibid.*, p. 132-133.

³⁶ Pesquisa coordenada pelo Prof. Dr. José Ricardo Cunha na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). A pesquisa foi dividida em duas fases: a primeira com os juízes e a segunda com os desembargadores do TJERJ. Os gráficos, tabelas e resultados na íntegra estão disponíveis na Revista SUR: CUNHA, José Ricardo *et al.* Direitos Humanos e justiciabilidade: pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 3, ano 2, p. 139-172, 2005. Acesso gratuito em: <<http://www.surjournal.org/>>.

de direitos humanos nas decisões dos juízes e desembargadores do tribunal. Dentre outras perguntas, os juízes foram indagados a respeito do seu conhecimento acerca dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos da ONU e da OEA: neste sentido, 59% admitiram conhecê-los apenas superficialmente, percentual consideravelmente mais elevado do que o dos desembargadores que afirmaram o mesmo, 43%. Além disso, 28% dos desembargadores em comparação com 20% dos juízes informaram que não conheciam o funcionamento dos sistemas internacionais de proteção. Por fim, apenas 21% dos desembargadores afirmaram conhecer o funcionamento dos sistemas internacionais de proteção da ONU e da OEA, enquanto somente 16% dos juízes responderam no mesmo sentido.

Em outra pergunta, os magistrados informaram a frequência com que tomavam conhecimento de decisões das cortes internacionais de proteção dos direitos humanos. A maioria dos juízes (55%) e desembargadores (46%) afirmou que recebia informações a respeito das decisões apenas eventualmente. Um percentual significativo dos magistrados declarou que as recebiam raramente (21% dos juízes e dos desembargadores) ou nunca (10% dos juízes e 13% dos desembargadores).

No plano do sistema global de proteção dos direitos humanos, o artigo V da Declaração Universal dos Direitos Humanos estatui que “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, firmado em 1966, estabelece idêntica vedação em seu artigo 7º: “ninguém será submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem o seu consentimento, a experiências médicas ou científicas”.

Conjuntamente, no âmbito dos sistemas regionais de proteção, o repúdio à prática da tortura também foi confirmado pela Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica de 1969 – ao prever, em seu artigo 5º (2),

que “[...] ninguém deve ser submetido a torturas, nem a pena ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes”. Proibições semelhantes à prática de tortura, tratamento ou imposição de penas cruéis, desumanas ou degradantes também foram positivadas no artigo 3º da Convenção Européia de Direitos Humanos de 1950 e no artigo 5º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos – Carta de Banjul – aprovada em 1981 pela Organização da Unidade Africana (OUA). Neste sentido, tanto no plano do sistema global de proteção dos direitos humanos quanto nos diferentes sistemas regionais, há um amplo e sólido consenso positivado em torno da absoluta vedação da prática de tortura, bem como de tratamentos ou de penas cruéis, desumanas ou degradantes.

No tocante ao combate à prática de tortura, os instrumentos internacionais e regionais de proteção dos direitos humanos supramencionados foram especificados pela Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes³⁷, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1984, e pela Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura³⁸ concluída na cidade de Cartagena, na Colômbia, em 1985. Estas Convenções integram o sistema especial de proteção dos direitos humanos, “[...] na medida em que [...] é voltado, fundamentalmente, à prevenção da discriminação ou à proteção de pessoas ou grupos de pessoas particularmente vulneráveis, que merecem proteção especial³⁹”.

No artigo 1º da Convenção da ONU é definida a prática de tortura⁴⁰ e, em seu artigo 2º (2) e (3), é estabelecido,

³⁷ Aprovada pelo Decreto Legislativo n. 4 de 1989 (DO de 24/05/1989) e promulgada pelo Decreto n. 40 de 1991.

³⁸ Aprovada pelo Decreto Legislativo n. 5 de 1989 (DO de 1º/06/1989) e promulgada pelo Decreto n. 98.386 de 1989 (DO de 13/11/1989).

³⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 201.

⁴⁰ Artigo I: “(1.) Para os fins da presente Convenção, o termo *tortura* designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras

peremptoriamente, que “[...] em nenhum caso poderão invocarse circunstâncias excepcionais, tais como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública como justificação para a tortura”, deixando claro que “[...] a ordem de um funcionário superior ou de autoridade pública não poderá ser invocada como justificação para a tortura”.

A Convenção prevê, ainda, a proibição de expulsão, devolução ou extradição de uma pessoa para outro Estado quando houver razões substanciais para crer que ela provavelmente será submetida à tortura (artigo 3º); o ensino e a informação sobre a proibição de tortura no treinamento de civis e militares encarregados da aplicação da lei, da custódia e do interrogatório de pessoa submetida a qualquer forma de prisão, detenção ou reclusão (artigo 10); o direito das vítimas à reparação e à indenização justa e adequada (artigo 14) e a proibição da utilização de declaração proveniente de tortura como prova em processo de qualquer natureza (artigo 15). Em seu artigo 17, a Convenção da ONU dispõe sobre a constituição de um Comitê contra a Tortura responsável pelo monitoramento e investigação – inclusive de ofício⁴¹ – das violações dos direitos humanos em razão da prática de tortura na jurisdição dos Estados-partes mediante a apreciação de relatórios governamentais, comunicações interestatais e petições individuais.

A Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura contempla dispositivos semelhantes em seus artigos 4º, 5º, 7º, 9º e 10. A definição da prática de tortura é, no entanto, mais ampla, ao entender como tortura “[...] a aplicação, sobre

peças; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram. (2.) O presente artigo não será interpretado de maneira a restringir qualquer instrumento internacional ou legislação nacional que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplo.”

⁴¹ Artigo 20 da Convenção da ONU.

uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, *embora não causem dor física ou angústia psíquica*” (artigo 2º, *in fine*).

Em seus artigos 1º, III; 4º, II; e 5º, parágrafos 1º, 2º e 3º, a Constituição brasileira de 1988 demonstra sua inserção na tendência das demais Constituições da América Latina no sentido de conceder tratamento especial aos direitos e garantias internacionalmente consagrados. Além disso, os incisos III e XLIII da Constituição Federal definem, respectivamente, que “[...] ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” e que a lei considerará como crime inafiançável e insuscetível de graça ou de anistia a prática da tortura. No plano infraconstitucional, foi promulgada, em 7 de abril de 1997, a Lei n. 9.455, responsável pela tipificação das práticas que definem o crime de tortura⁴². Deste modo, o Brasil cumpriu com as obrigações legislativas estabelecidas pelo artigo 4º da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes⁴³ da ONU e pelo artigo 6º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura⁴⁴.

Apesar da existência de importantes normas internacionais de combate à tortura regularmente incorporadas ao direito pátrio, ao serem questionados sobre a aplicação de tais convenções, apenas 11% dos juízes da comarca da capital

⁴² “Art. 1º Constitui crime de tortura: I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; b) para provocar ação ou omissão de natureza criminoso; c) em razão de discriminação racial ou religiosa; II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Pena - reclusão, de dois a oito anos. [...] § 6º. O crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia”.

⁴³ “Artigo 4º: (1.) Cada Estado-Parte assegurará que todos os atos de tortura sejam considerados crimes segundo a sua legislação penal. O mesmo aplicar-se-á à tentativa de tortura e a todo ato de qualquer pessoa que constitua cumplicidade ou participação na tortura”.

⁴⁴ “Artigo 6º: [...] Os Estados-Partes assegurar-se-ão de que todos os atos de tortura e as tentativas de praticar atos dessa natureza sejam considerados delitos em seu Direito Penal, estabelecendo penas severas para sua punição, que levem em conta sua gravidade”.

do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro afirmaram que utilizam frequentemente a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Com relação à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da ONU, o percentual de juízes que afirmaram utilizar frequentemente esta normativa internacional foi de apenas 12%. Raramente utilizam as Convenções contra a tortura da ONU e da OEA, respectivamente, 14% e 16% dos juízes entrevistados. Por último, o grau de não utilização das convenções supramencionadas é idêntico, alcançando o alarmante percentual de 72% dos magistrados entrevistados.

Na segunda fase da pesquisa, verificou-se um pequeno decréscimo no percentual de magistrados que utilizam frequentemente as Convenções contra a tortura da ONU e da OEA em comparação com a primeira instância do TJERJ, respectivamente, 10% e 8% dos desembargadores. Por outro lado, 31% dos desembargadores entrevistados afirmaram raramente utilizar as normativas internacionais supramencionadas, percentual muito superior ao encontrado na primeira instância. Finalmente, 58% e 61% dos desembargadores entrevistados afirmaram não recorrer, respectivamente, à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da ONU e à Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura para motivar suas decisões.

Nas duas fases da pesquisa, tanto entre os juízes quanto entre os desembargadores entrevistados, constatou-se que o grau de não utilização das Convenções supracitadas é muito elevado. Apesar de tais normas criarem importantes obrigações para o Estado brasileiro nos planos interno e externo, tais instrumentos internacionais de proteção especial dos direitos humanos, fundamentais para a implementação de uma perspectiva transicional de justiça, carecerão de efetividade se não forem utilizados *in concreto* pelos juízes e desembargadores na fundamentação de suas decisões judiciais.

Em recentes casos jurídicos⁴⁵, alguns ministros do STF têm destacado a importância do processo de internacionalização dos direitos humanos e a necessidade de revisitar a questão da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ao direito interno. A jurisprudência do STF sobre o tema consolidou o entendimento de que as normas de tratados internacionais de direitos humanos, após a sua incorporação ao direito interno, assumem o *status* normativo de lei ordinária. Este posicionamento recebeu, durante anos, inúmeras críticas por parte da doutrina constitucional e, sobretudo, internacionalista. No início de 2008, o Ministro Celso de Mello, em seu importante voto no HC 87.585-8, afirmou que “o Supremo Tribunal Federal se defronta com um grande desafio, consistente em extrair, dessas mesmas declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, a sua máxima eficácia⁴⁶”.

Aproximadamente um mês após a elaboração do voto supramencionado, o Ministro Celso de Mello ratificou, em seu discurso proferido em nome do STF na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, o seu posicionamento sobre a relevância em se conferir urgentemente efetividade aos tratados internacionais de direitos humanos:

Torna-se essencial, portanto, ter consciência de que se revela inadiável conferir real efetividade, no plano interno, aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro em tema de direitos humanos, aqui compreendidos os direitos dos Povos Indígenas, tais como consagrados em documentos promulgados sob os auspícios da Assembléia

⁴⁵ São eles o HC 87.585-8 TO (Prisão do depositário infiel), RE 466.343 SP (exposição da tese do Ministro Gilmar Mendes sobre o *status* de supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos) e ADI 3510-0 (voto do Ministro Lewandowski no caso da Lei de Biossegurança).

⁴⁶ Voto do Min. Celso de Mello no HC 87.585-8 (STF), 12/03/2008, p. 6. Disponível em: <[http://: www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>.

Geral da ONU e, sobretudo, no texto de nossa própria Constituição⁴⁷.

Com apoio neste pressuposto (o da extensão do princípio da efetividade ou máxima eficácia ao plano internacional), o Min. Celso de Mello assumiu postura de revisão do seu entendimento anterior no sentido de reconhecer, diante de um contexto de internacionalização do Direito Constitucional, o *status* constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Este posicionamento teórico, bastante inovador no âmbito da jurisprudência do STF, não se aplica apenas aos tratados internacionais celebrados pelo Brasil após a EC n. 45/2004, que instituiu o § 3º do art. 5º da CF, mas, sobretudo, aos tratados internacionais de direitos humanos regularmente incorporados à ordem interna em momento anterior à promulgação da referida emenda constitucional e, inclusive, antes da promulgação da própria Constituição Federal⁴⁸.

Segundo o Ministro Celso de Mello, as normas oriundas de tratados internacionais de direitos humanos assumem um caráter materialmente constitucional e, com fundamento no § 2º do art. 5º da CF, compõem o conceito de “bloco de constitucionalidade”, isto é, “[...] a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados⁴⁹”. Este novo posicionamento, ainda minoritário, representa um grande avanço no tocante à incorporação das Convenções anteriormente citadas e importante passo na construção de teoria jurídica capaz de oferecer fundamentação normativa para a progressiva judicialização de temas vinculados à justiça transicional.

⁴⁷ Discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes na presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23/04/2008. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

⁴⁸ Voto do Min. Celso de Mello no HC 87.585-8 (STF), p. 27-28. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

⁴⁹ *Idem*, p. 28.

3.3 - O caso brasileiro: o debate sobre a revisão da lei de anistia e a questão do acesso público aos documentos secretos referentes ao período militar

Com apoio na decisão da Suprema Corte argentina mencionada acima, no Caso *Barrios Altos* julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, assim como em inédita ação declaratória de autoria de ex-presos políticos na justiça brasileira sobre a prática de tortura cometida por ex-comandante militar do DOI-CODI⁵⁰ de São Paulo, Flávia Piovesan e Hélio Bicudo defendem uma revisão da lei de anistia⁵¹, ao chamarem a atenção para “[...] o risco [de que] as concessões do passado possam comprometer e debilitar a busca democrática, corrompendo-a com as marcas de um continuísmo autoritário⁵²”. A justiça de transição teria, assim, o delicado desafio de “[...] romper com passado autoritário e viabilizar o ritual de passagem à ordem democrática⁵³”.

Segundo os autores, a anistia perdoou as vítimas e não os que cometeram crimes em nome do Estado autoritário. Além disso, ao direito à justiça conjuga-se o direito à verdade e, conseqüentemente, o direito de acesso aos arquivos e às informações classificados “no mais alto grau de sigilo”. Somente assim seria possível concretizar os princípios da publicidade e da transparência democráticas. Neste sentido, asseveram que:

O direito à verdade assegura o direito à construção da identidade, da história e da memória coletiva. Serve a um duplo propósito: proteger o direito à memória das vítimas e confiar às gerações futuras a responsabilidade de prevenir a repetição de tais práticas.

⁵⁰ Notícia “Julgamento mostra que ferida do regime militar ainda não sarou” publicada no Jornal *O Globo* de 11/11/2006.

⁵¹ Lei de anistia (Lei n. 6.683/1979); Lei n. 11.111/2005 (Disciplina o acesso aos documentos públicos); Decreto n. 4.553/2002 (Dispõe sobre a classificação segundo o grau de sigilo de documentos no interesse da segurança da sociedade e do Estado); Lei n. 8.159/1991 (Dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados).

⁵² PIOVESAN, Flávia; BICUDO, Hélio. “Direito à verdade e à justiça”. Disponível em: <<http://www.Torturanuncamais-rj.org.br/as/Artigos.asp?Codigo=38>>.

⁵³ *Idem*.

Sob a ótica republicana e democrática, a releitura da Lei de Anistia e o direito à verdade rompem com o pacto de silêncio e com uma injustiça continuada. Lançam luzes à dimensão sombria de nossa história, na defesa dos direitos à justiça, à verdade e à memória individual e coletiva⁵⁴.

Em sentido contrário, Tércio Sampaio Ferraz Júnior menciona o fundamento histórico da anistia como “[...] milenar instituto político de clemência, esquecimento e concórdia” para afirmar como acertada a jurisprudência do Superior Tribunal Militar no sentido de expandir o escopo de abrangência da anistia, tornando-a, de fato, geral e irrestrita. Antes, a anistia era interpretada como válida apenas para os torturadores, mas não para aqueles considerados pelo regime militar como “terroristas”. Neste sentido, após a interpretação extensiva do STM, o instituto desvinculou-se de quaisquer cálculos ou ponderações sobre a gravidade dos atos praticados e correspondentes punições aos seus agentes.

Segundo Tércio Sampaio Ferraz, a revisão da anistia promoveria consequências negativas, pois, com o objetivo de punir os militares, a jurisprudência do STM seria revertida e, assim, resgataria “[...] todo o universo de avaliações mutuamente negativas (exclusão/inclusão de terrorismo/tortura)”, isto é, “[...] voltaria a necessidade de avaliações de atos e de suas consequências, vinculando sua discussão a um cálculo de relações meio/fim, com distinções de natureza ética e jurídica”. Por último, os próprios torturadores passariam a exigir a revisão da anistia conferida aos “terroristas”, tornando a revisão um “esforço inútil” que, no final das contas, “mudaria [a lei] para tudo ficar como está”.

Ao lado da pressão política e da mobilização social sobre a abertura dos arquivos ainda sigilosos referentes à ditadura militar, revela-se como importante estratégia a proposição de ações judiciais sobre a questão da justiça transicional para que a temática ingresse no âmbito da judicialização da política nas

⁵⁴ *Idem.*

instâncias inferiores do Poder Judiciário⁵⁵. Seguindo outra estratégia, a mobilização política pode, mediante a atuação dos partidos políticos, por exemplo, suscitar um pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a Lei de Anistia por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade. Como veremos a seguir, a temática da justiça transicional ainda não foi suficientemente “judicializada” nos contextos político e jurídico brasileiros, daí a enorme importância da discussão sobre as estratégias de judicialização desse tema.

4 - A judicialização da política pura e a seletividade do ativismo judicial no Brasil

A expansão do protagonismo político dos tribunais nas democracias contemporâneas, ao menos no ocidente, constitui um fenômeno que caracteriza este início de século. “Revoluções constitucionais” vêm sacudindo, inclusive, os últimos bastiões da democracia majoritária, tais como os sistemas políticos da África do Sul, Canadá, Israel e Nova Zelândia⁵⁶. Inúmeros são os fatores apontados pelos cientistas políticos, sociólogos e juristas, responsáveis pela ampliação e consolidação deste processo.

Ernani Rodrigues de Carvalho, inspirado em obra fundamental sobre o tema⁵⁷, elenca seis condições para o surgimento e a consolidação da judicialização da política: a existência de um sistema político democrático, a separação dos poderes, o exercício dos direitos políticos, o uso dos tribunais

⁵⁵ Neste sentido, confira o posicionamento do historiador da UFRJ Carlos Fico na notícia “Memórias da Ditadura” disponível em: <http://www.olharvirtual.ufrj.br/2006/index.php?id_edicao=214&codigo=2>. Confira, também, o *site* do Grupo de Estudos sobre a Ditadura Militar (GEDM-IFCS) da Universidade Federal do Rio de Janeiro: <<http://www.gedm.ifcs.ufrj.br/>>.

⁵⁶ Cf. HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

⁵⁷ TATE, C. N., VALLINDER, T. (Ed.). *The global expansion of Judicial Power*. Nova York: Nova York University Press, 1997.

pelos grupos de interesse, o uso dos tribunais pela oposição e, por último, a inefetividade das instituições majoritárias⁵⁸.

Marcus Faro de Castro, por sua vez, menciona, dentre outros, a constitucionalização do Direito após a segunda guerra mundial, o resgate do tema sobre a legitimação dos direitos humanos, o exemplo institucional da Suprema Corte norte-americana e a tradição europeia (kelseniana) de controle concentrado de constitucionalidade das leis como fatores importantes para a explicação do fenômeno da judicialização⁵⁹.

Todos esses fatores, em maior ou menor intensidade, encontram-se presentes nos sistemas político e jurídico brasileiros na atualidade. De acordo com José Eisenberg, a judicialização da política é um processo complexo composto por dois movimentos distintos:

(1.) refere-se a um processo de expansão dos poderes de legislar e executar leis do sistema judiciário, representando uma transferência do poder decisório do Poder Executivo e do Poder Legislativo para os juízes e tribunais – isto é, uma politização do judiciário; (2.) a disseminação de métodos de tomada de decisão típicos do Poder Judiciário nos outros Poderes. Em nosso juízo, este segundo movimento é mais bem descrito como uma “tribunalização” da política, em oposição à judicialização representada pelo primeiro movimento⁶⁰.

Ran Hirschl define esse processo como um caminho rumo à “juristocracia” (*juristocracy*), ou seja, como a progressiva transferência de poderes decisórios das instituições políticas

⁵⁸ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de sociologia política*, Curitiba, 23, 2004, p. 117-120.

⁵⁹ CASTRO, Marcos Faro. O STF e a judicialização da política. *Revista brasileira de ciências sociais*, São Paulo, v. 12, n. 34, p. 147-156, junho de 1997.

⁶⁰ EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ; FAPERJ, 2002, p. 47.

representativas para o Poder Judiciário⁶¹. Este fenômeno é acompanhado e alimentado por uma mudança na ideologia jurídica, consistente na crítica crescentemente realizada pelas principais elites políticas, jurídicas e econômicas à premissa majoritária que define a democracia em sua dimensão popular. Haveria, assim, a convergência entre distintos interesses políticos, econômicos e jurídicos na defesa da democracia constitucional, por um lado, e no ataque à democracia como premissa majoritária, por outro. Hirschl assume uma metodologia de análise que procura afastar o tema em questão dos debates normativos usuais neste campo de investigação⁶², procurando estudar empiricamente as origens e consequências das “revoluções constitucionais”, isto é, da consolidação histórica do novo constitucionalismo (*new constitutionalism*) em diferentes sociedades.

Neste sentido, o autor enumera três postulados responsáveis pela orientação metodológica de sua abordagem sobre o tema da judicialização da política. O primeiro postulado metodológico afirma que a transferência progressiva de poderes do Legislativo para o Judiciário, assim como para outras instâncias administrativas de decisão cujos representantes não são eleitos democraticamente – agências administrativas independentes ou agências reguladoras, por exemplo – não pode ser estudada separadamente das lutas políticas, econômicas e sociais que modelam o sistema jurídico-político de uma determinada sociedade. Em segundo lugar, as instituições políticas e jurídicas (bem como as suas reformas) promovem efeitos distributivos diferenciados, isto é: elas tendem, inevitavelmente, a privilegiar mais alguns grupos e indivíduos do que outros. Por último, em regra, os diferentes atores políticos, econômicos e jurídicos tendem a agir

⁶¹ HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, cit., p. 1.

⁶² O principal representante do debate em sua versão *normativa* é Ronald Dworkin, pois, segundo Hirschl, “[...] nenhum dos seis livros de Dworkin sobre constitucionalismo cita qualquer estudo empírico sobre as origens e consequências da constitucionalização e da revisão judicial” (HIRSCHL, *Op. cit.*, p. 3).

estrategicamente no sentido de apoiar a consolidação de estruturas institucionais que beneficiarão, na maior medida possível, os seus próprios interesses particulares ou corporativos⁶³.

Segundo Hirschl:

O poder judicial não cai do céu; ele é politicamente construído. Acredito que a constitucionalização dos direitos e o fortalecimento do controle de constitucionalidade das leis resultam de um pacto estratégico liderado por elites políticas hegemônicas continuamente ameaçadas, que buscam isolar suas preferências políticas contra mudanças em razão da política democrática, em associação com elites econômicas e jurídicas que possuem interesses compatíveis⁶⁴.

A abordagem realista do fenômeno da judicialização da política permite afirmar que a progressiva transferência de poderes para o Judiciário nas democracias contemporâneas “[...] serve aos interesses de uma Suprema Corte que procura ressaltar sua influência política⁶⁵”. Segundo Alec Stone Sweet, há um interesse institucional dos tribunais em “[...] resolver conflitos legislativos sobre constitucionalidade, mantendo e reforçando, ao mesmo tempo, a legitimidade política da revisão constitucional para o futuro⁶⁶”. O interesse dos ministros do STF na legitimação do próprio tribunal para a resolução – ativista e criativa – de problemas e questões controvertidas no futuro pode ser vislumbrado, de modo claro, no voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes na ADI 1351-DF (caso sobre a cláusula de barreira):

[...] é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva

⁶³ Cf. HIRSCHL, *cit.*, p. 38 *et seq.*

⁶⁴ *Idem*, p. 49.

⁶⁵ *Idem*, p. 49

⁶⁶ SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. New York: Oxford University Press, 2000, p. 199-200.

linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais européias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causam entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional⁶⁷.

Para Alec Stone Sweet, a judicialização da política constitui, também, uma tendência de difusão das técnicas de argumentação e de adjudicação típicas do Direito Constitucional em outros poderes, ou seja:

[...] o processo pelo qual os legisladores absorvem as normas de conduta da adjudicação constitucional, a gramática e o vocabulário do Direito Constitucional [...]. Em uma política judicializada, o discurso legal é responsável pela mediação entre o debate partidário e as estruturas de exercício do poder legislativo⁶⁸.

Além disso, a judicialização promove o “entrincheiramento constitucional de direitos⁶⁹” e, neste sentido, tanto o Executivo quanto o próprio Poder Legislativo podem, mediante o apoio (deliberado) a esta estratégia de transferência de poderes, retirar temas controvertidos do debate público, onde dificilmente seriam decididos em sentido favorável⁷⁰. A judicialização de questões políticas, econômicas ou sociais polêmicas pode, também, reduzir os custos (eleitorais ou de apoio político) de uma decisão controvertida⁷¹.

⁶⁷ Trecho do voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes na ADI 1351-DF (cláusula de barreira), p. 53, disponível em: <www.stf.gov.br>.

⁶⁸ SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. *Op. cit.*, p. 203.

⁶⁹ HIRSCHL, *cit.*, p. 44.

⁷⁰ *Idem*, p. 39.

⁷¹ Certamente, do ponto de vista *político*, é melhor para um governo - diante das pressões políticas exercidas pelos setores militares - que o Judiciário determine a

De modo original, Ran Hirschl chama a atenção para a terceira dimensão da judicialização da política – para além das outras duas citadas por Tate e Vallinder em obra clássica⁷² – e reproduzidas por José Eisemberg em passagem já citada⁷³, qual seja: a judicialização da “política pura” ou da “megapolítica”⁷⁴. Assim como C. N. Tate e T. Vallinder, Ran Hirschl trabalha com a distinção entre a judicialização da política e o ativismo judicial. O ativismo judicial é percebido como uma atitude, decisão ou comportamento dos magistrados no sentido de revisar temas e questões – *prima facie* – de competência de outros poderes. A judicialização da política, mais ampla e estrutural, cuidaria de metacondições jurídicas, políticas e institucionais que favoreceriam a transferência decisória do eixo Poder Legislativo – Poder Executivo para o Poder Judiciário. Neste sentido, segundo C. Neal Tate, o ativismo judicial constitui espécie de atitude ou de comportamento dos juizes no sentido de “[...] participar na elaboração de políticas que poderiam ser deixadas ao arbítrio de outras instituições mais ou menos habilitadas [...] e, por vezes, substituir decisões políticas deles derivadas por aquelas derivadas de outras instituições”⁷⁵.

A “judicialização da política pura” ou da “megapolítica” lida, assim, com casos “mais do que difíceis”, ou seja, com questões e decisões “puramente” políticas em seu sentido mais amplo e em seu estado mais bruto, amplamente controvertidas, sem perspectiva de consenso entre os diferentes grupos de interesse em disputa na sociedade. Constituiriam exemplos de judicialização da pura política, dentre outros: a judicialização do processo eleitoral (Brasil, por exemplo), questões de segurança nacional e combate ao terrorismo (EUA), questões de identidade nacional (o caso do Canadá e de Israel), questões

abertura dos arquivos da ditadura militar do que o Poder Executivo mediante uma decisão política de sua iniciativa.

⁷² TATE, C. N., VALLINDER, T. (Ed.). *The global expansion of Judicial Power*. Nova York: Nova York University Press, 1997.

⁷³ Confira a nota n. 54.

⁷⁴ HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham Law Review*, v. 75, 2006, p. 727 *et seq.*

⁷⁵ TATE, C. N., VALLINDER, T. (Ed.). *The global expansion of Judicial Power*, p. 33.

macroeconômicas de amplo alcance, debates sobre o caráter secular do Estado (Turquia), questões de justiça transicional e a legitimação de um novo regime constitucional (África do Sul). Em todos esses casos, questões eminentemente políticas, existenciais no sentido *schmitteriano*, profundamente controvertidas, não sujeitas a "amplo acordo constitucional", foram "constitucionalizadas" e transferidas para fóruns judiciais. Nestes casos, em especial, as cortes supremas transformam-se em uma "parte crucial do aparato nacional de elaboração de políticas"⁷⁶. Esta terceira dimensão é qualitativamente distinta da segunda, que trata do controle de constitucionalidade das leis em seu sentido ordinário.

No entanto, a judicialização da política no Brasil tem sido bastante seletiva quanto ao seu conteúdo. Nem todos os temas, demandas ou questões políticas, sociais e econômicas foram judicializados. Não há uma postura inequívoca, por exemplo, assumida pelos magistrados e tribunais, principalmente por parte do Supremo Tribunal Federal, no sentido de "judicializar" ou "constitucionalizar" a discussão de questões referentes à justiça de transição política em nossa sociedade. Nos discursos dos Ministros Celso de Mello e Gilmar Ferreira Mendes na cerimônia de transmissão da presidência do STF não há menção sobre o tema da justiça transicional⁷⁷, apesar de destacarem a importância em se atribuir, progressivamente, maior efetividade às normas internacionais de direitos humanos no plano do direito interno. Diferentemente da postura claramente ativista assumida em outros temas – fidelidade partidária, cláusula de barreira, pesquisa com células-tronco embrionárias, análise da urgência e necessidade das MPs, direito de greve dos servidores públicos – o Poder Judiciário brasileiro, em especial o STF, tem procurado se preservar em questões polêmicas sobre justiça transicional,

⁷⁶ HIRSCHL, Ran. *The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide*. *Op. cit.*, p. 727 et seq.

⁷⁷ Discursos de posse realizados em 23/04/2008 e disponíveis no site: <[http://:www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>.

evitando posicionar-se extrajudicialmente sobre tais questões políticas⁷⁸.

Além disso, apenas em novembro de 2006 foi ajuizada a primeira ação acusando um militar pela prática de tortura nas dependências do DOI-CODI de São Paulo entre os anos de 1974 e 1979. Nesta oportunidade, de modo inédito, a primeira instância da justiça de São Paulo decidiu que a Lei de Anistia não impedia a abertura de processo contra militar, o Coronel reformado Carlos Alberto Brilhante Ustra, pela prática de tortura durante o regime de exceção. Esta decisão judicial, bastante inovadora, gerou grande repercussão na mídia e promoveu o resgate de um debate político até então evitado pelos principais fóruns de discussão da sociedade.

Mesmo diante desse aspecto inovador em termos de justiça transicional em nosso país, cabe refletir, mais especificamente, sobre quais seriam as possíveis causas desse caráter seletivo do nosso Poder Judiciário com relação a questões políticas institucionalmente mais sensíveis para a sociedade brasileira.

5 - A Judicialização do Estado de Exceção e a temática da internacionalização

Os estudos desenvolvidos por Ran Hirschl, já mencionados, estão fundamentados na compreensão de uma juristocracia em sociedades com raízes no sistema anglo-saxão. Em ordens jurídicas como a brasileira, de padrão dogmático europeu, muitas vezes, reforçadas por um puro formalismo, é improvável que se prospere um quadro principiológico a favor

⁷⁸ Como bem destaca Marcus Faro de Castro, um comportamento ativista pode ser exercido em dois planos de ação distintos: em primeiro lugar, no plano das ações políticas ou não-jurisdicionais definidas pelo exercício informal do poder (exemplos: pronunciamentos de magistrados – discursos de posse, declarações à imprensa, etc.); em segundo lugar, no plano das ações jurisdicionais caracterizadas pelo exercício formal da autoridade judicial (despachos, decisões monocráticas, decisões liminares, sentenças, votos e acórdãos). Cf. CASTRO, Marcos Faro de. O STF e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 34, p. 147-156, junho de 1997.

de procedimentos reparadores em termos de violações de direitos humanos.

Entretanto, não se pode esquecer a situação da República Federal Alemã após 1945. No contexto político-jurídico alemão, a reconstrução de seu modelo jurídico esteve ancorada no resgate da noção filosófica de direito natural. Inspirado nesse processo é que cresceu, por exemplo, em termos de jurisprudência de seu Poder Judiciário e do próprio Tribunal Constitucional Federal o recurso à fórmula de Gustav Radbruch no sentido de que “não se deve cumprir o direito extremamente injusto⁷⁹”. Com apoio neste “*standard*”, foi possível efetivar uma sistemática de justiça transicional a respeito dos responsáveis pela repressão violenta daqueles que tentaram ultrapassar o muro de Berlim. Deste modo, a República Federal Alemã, após unificar-se à extinta República Democrática Alemã, pôde processar, julgar e condenar os culpados no famoso caso das sentinelas do muro de Berlim⁸⁰.

Há outro fator explicativo bastante apropriado para a análise do sistema judicial latino-americano. Roberto Gargarella aponta estarmos diante de uma “justiça dependente”. A conclusão delineada pelo autor considera, em particular, a trajetória do Poder Judiciário argentino:

Llegados a este punto, muchos pueden considerar que, en verdad, en países como la Argentina no corresponde hacer referencia al problema de la “dificultad contramayoritaria” del poder judicial. Aquí podría decirse, el problema es otro y tiene que ver con la falta de independencia de la justicia, y sobre todo, con la

⁷⁹ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1997. p. 417.

⁸⁰ Cf. ALEXY, Robert. Derecho injusto, retroactividad y principio da legalidad penal. Trad. Daniel Oliver-Lalama. *Doxa*, 23, 2000. Disponível em: <<http://cervantesvirtual.com/portal/Doxa/>>. Acesso em: 24 jul. 2008; FIGUEIREDO, Ivanilda. As sentinelas de Berlim: por uma teoria dos direitos fundamentais imune a períodos de exceção. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *Constituição e estado de segurança nas decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 31-41.

falta de independencia de ésta respecto de los órganos políticos (en particular, el Ejecutivo)⁸¹.

A mencionada dependência do Poder Judiciário em relação ao Poder Executivo não nos aproximaria, porém, do sistema norte-americano? Pois, de fato, a composição da Corte Suprema norte-americana fica sob a influência da maioria integrante do poder político. Cabe ressaltar que se poderia argumentar a existência de uma forte tradição americana de supremacia do seu Poder Judiciário em relação aos demais poderes de Estado. Com a leitura da recente obra de Keith E. Whittington, constatamos a elaboração de uma crítica à “noção de supremacia judicial”, demonstrando a sua construção artificial dentro do modelo constitucional norte-americano⁸². Mas, se, em forte medida, o nosso Judiciário se aproxima desse modelo americano mais politizado, por que seria forte entre nós essa “dependência” apontada por Roberto Gargarella? Os estudiosos americanos, como é o caso do próprio Keith Whittington, procuram classificar, na história política estadunidense, presidências fortes ou fracas em termos institucionais. Apesar dessa oscilação, não se deve desconhecer que há um caráter majoritário dando respaldo a atuação do Executivo e sua relação com o Judiciário americano. Assim, torna-se necessário explicitar, para compreendermos a seletividade da nossa Justiça em termos reparadores de direitos humanos, a permanente fragilidade do Poder Executivo. O nosso sistema judiciário apresenta, sim, um caráter de “dependência” tal como explicitado por Gargarella, mas a um poder político transpassado por forças sociais conflitantes e, frequentemente, antagônicas. Tal quadro possibilita a passagem para o estudo, em seguida, de um Direito marcado permanentemente por um processo de estado de exceção.

⁸¹ GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996, p. 233.

⁸² WHITTINGTON, Keith. *Political foundations of judicial supremacy: the Presidency, the Supreme Court and constitutional leadership in U.S. History*. Princeton: Princeton University Press, 2007.

A noção de estado de exceção vem merecendo estudos atentos como o de Giorgio Agamben⁸³ e, também, Clinton Rossiter⁸⁴, no sentido de demonstrar o papel assumido pelo Direito no sentido de encobrir o aspecto de violência caracterizador da noção do poder político. Deste modo, são naqueles momentos de estado de exceção, lembra-nos Giorgio Agamben, que se revela, dramaticamente, essa real natureza do processo político. Em sociedades como a brasileira, em razão desse fracionamento do poder político, o estado de exceção sempre se caracterizou como parte inerente ao processo institucional⁸⁵. Nesse sentido, a cultura política de países como o Brasil é responsável pela difusão para todo o aparato estatal desse ajuste com a exceção. Dentro desse padrão, não se revela incoerente o fato de que o Poder Judiciário brasileiro, como regra geral, acabou por assumir um caráter seletivo em termos de justiça de transição. Mesmo em momentos democráticos experimentados pelo ordenamento jurídico brasileiro, tendo como exemplo os vinte anos de promulgação de nosso texto constitucional, a atuação do Supremo Tribunal Federal não deixa de ser sensível, na atualidade, a apelos como a “força normativa dos fatos” e a “situações consolidadas⁸⁶”, demonstrando que esse estado de exceção permanente ainda está presente nas vísceras de nosso sistema institucional.

Essa lógica do estado de exceção predominou na trajetória do nosso Poder Judiciário republicano. Vale ressaltar, comparando com a sociedade argentina examinada por Roberto Gargarella, que o nosso sistema judicial não sofreu rupturas institucionais em momentos de transição política. Mesmo nos momentos mais agudos e dramáticos do estado de exceção

⁸³ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção* - Homo Sacer II. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

⁸⁴ ROSSITER, Clinton. *Constitutional dictatorship*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2004.

⁸⁵ Cf. VIEIRA, José Ribas. *Uma visão crítica do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1987.

⁸⁶ Cf., por exemplo, os votos do Ministro Eros Roberto Grau nos casos dos municípios inconstitucionais de Luís Eduardo Magalhães e de Vila Arlete, respectivamente, nas ADIs 2240-BA e 3489-SC.

permanente no Brasil, o Poder Judiciário, de forma sistêmica, adaptou-se às circunstâncias. É o caso, por exemplo, da primeira República (1889-1930), período no qual o Supremo Tribunal Federal teve um papel de protagonista no alargamento do instituto do *habeas corpus*. Nos anos 20 do século passado, com a grave crise do Estado brasileiro, nossa Suprema Corte soube recuar em termos de sua atuação jurisdicional. Não estamos tão distantes do sistema jurídico autoritário de 1964. O Poder Judiciário entre nós, ao contrário de outras sociedades latino-americanas - Chile, Uruguai e Argentina - nas quais houve a mencionada “ruptura”, reconheceu uma jurisdição de Segurança Nacional. Jurisdição essa que traduzia uma jurisprudência e doutrina amplamente estudadas e apoiadas no período.

Acrescente-se, para além desse fator explicativo de estado de exceção permanente, outro aspecto institucional importante. O sistema judiciário brasileiro, ao contrário do ocorrido na América Latina, ao longo de sua existência foi sempre atravessado por uma dicotomia entre centralização e descentralização. Inclusive após a vigência da Constituição Federal de 1988, vem se intensificando essa tensão em torno desse dualismo jurisdicional entre tribunais superiores, sobretudo o STF e as instâncias inferiores das Justiças Federal e Estaduais. Esse quadro voltou a se agravar após o fortalecimento do papel institucional do Supremo Federal mais nitidamente em consequência da Emenda Constitucional n. 45/04, responsável pela ampliação de suas competências constitucionais no sentido de uma centralização e vinculação de suas decisões. Esse debate sobre dualidade ou não de jurisdições mobilizou para essa temática as energias do nosso Judiciário e, muitas vezes, na discussão de competências normativas, acabou por fortalecer uma visão excessivamente formalista do nosso ordenamento jurídico. Essa variável acaba por levar a uma menor atenção para os aspectos principiológicos tão próprios de uma justiça transicional.

Outro fator explicativo para o caráter seletivo de nossa judicialização em determinadas questões políticas, foge desse

universo mais interno da sociedade brasileira. Mais uma vez, acompanhando as lições de Roberto Gargarella, temos de comparar o nosso processo político-institucional com o da Argentina. Após a sua transição política para a democracia em 1983, devido ao total descrédito de que seu ordenamento jurídico fosse apto a viabilizar a justiça de transição, criou-se, como examinado anteriormente nesse nosso trabalho, uma forte cultura de internacionalização da proteção dos direitos humanos. Conforme vimos, este processo de promoção da efetividade das normas internacionais de direitos humanos, apenas recentemente teve o seu início na jurisdição constitucional brasileira.

No Brasil, ainda não conseguimos romper completamente com uma tradição, apesar da recente mudança do entendimento de alguns ministros do STF, de um formalismo em que a ordem jurídica interna prevalece sobre o sistema internacional (artigo 102, inciso III, alínea b, da Constituição Federal de 1988). Estamos, ainda, dentro de um quadro indefinido a respeito da aplicação dos artigos 5º, parágrafos 2º e 3º, principalmente em relação aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados antes da Emenda Constitucional n. 45/04.

Contudo, como bem destaca Cecília MacDowell Santos, devido à profunda crise de legitimidade de nosso ordenamento jurídico em termos de efetiva proteção dos direitos humanos, vários setores organizados da sociedade brasileira têm apelado para uma maior efetividade entre nós do Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos⁸⁷. Esta estratégia internacional de acionamento e proteção dos direitos humanos por meio de um ativismo jurídico transnacional pode possibilitar, a médio e longo prazo, a construção de uma cultura jurídica capaz de promover a concretização tardia das diferentes dimensões da justiça transicional no país.

⁸⁷ SANTOS, Cecília MacDowell. Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *SUR* - revista internacional de direitos humanos, n. 7, ano 4, p. 27-57, 2007.

6 - Considerações finais

Durante as décadas de 70 e 80 na América Latina foi muito comum a utilização do argumento de que “esquecer o passado” constituía uma variável significativa para a obtenção da estabilidade democrática. Em muitos casos - e o Brasil é um exemplo - a transição negociada foi realizada à custa da investigação, do processamento e da punição de líderes, burocratas e agentes estatais encarregados pela censura e repressão durante a vigência do regime político autoritário.

A perspectiva da justiça transicional, em sua versão normativa, afirma que somente a busca da verdade, a punição dos culpados por crimes contra os direitos humanos, a indenização e a reparação, quando possíveis, dos danos e prejuízos sofridos pelas vítimas são capazes de conduzir ao fortalecimento da democracia e à estabilidade institucional. As variáveis destacadas por Jon Elster em sua obra comentada são importantes para a análise das particularidades da transição política e da justiça transicional nos casos brasileiro e argentino, principalmente no tocante ao papel desempenhado pelos tribunais.

Com apoio nas reflexões de Ran Hirschl, é possível afirmar que o processo de judicialização da política no Brasil é altamente seletivo, tendo em vista que o Poder Judiciário brasileiro ainda não assumiu uma postura estratégica no equacionamento de questões relativas à justiça transicional em razão das variáveis explicativas elencadas ao longo do artigo. É possível constatar, assim, uma postura de *self-restraint* do Poder Judiciário no caso da justiça transicional por dois motivos fundamentais: em primeiro lugar, porque ainda não há um número suficiente de ações em curso sobre a temática capaz de estimular a “judicialização” da justiça transicional e, conseqüentemente, eventuais posturas ativistas por parte dos magistrados. Em segundo lugar, não há um interesse institucionalmente compartilhado de legitimação do ativismo judicial dos tribunais superiores, especialmente do Supremo Tribunal Federal, em casos “politicamente custosos” como

aqueles que envolvem as pretensões de verdade, memória, punição e reparação inscritas no ideal de justiça transicional.

Transitional justice, human rights and the selectivity of judicial activism in Brazil

ABSTRACT. The article intends to study the relationships between transitional justice, the internationalization of human rights and the selective character of the judicial activism in Brazil. In first place, the paper will analyze the dimensions of transitional justice. Secondly, with support in John Elster's work, the main motivations, institutions, decisions and limitations imposed to the transitional justice will be discussed. Lastly, after the analysis of juridical cases, we will consider the main factors responsible for the selectivity of the judicial activism as regards to transitional justice in the Brazilian political and juridical context.

Keywords: Transitional justice. Human Rights. Judicial activism.

7 - Referências

ABRAMOVICH, Víctor. El tiempo de la justicia: el Estado frente a los delitos cometidos por la última dictadura militar. In: *ADC - Asociación por los Derechos Civiles. La corte y los derechos: un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante o período 2003-2004*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2005. p. 251-324.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção - Homo sacer II*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEXY, Robert Derecho injusto, retroactividad y principio da legalidad penal. Trad. Daniel Oliver-Lalama. *Doxa - Cuadernos de filosofía del derecho*, n. 23, 2000. Disponível em: <<http://cervantesvirtual/portal/Doxa>. Acesso em: 24 jul. 2008>.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de sociologia política*, Curitiba, 23, p. 117-120, 2004.

CASTRO, Marcos Faro. O STF e a judicialização da política. *Revista brasileira de ciências sociais*, São Paulo, v. 12, n. 34, p. 147-156, jun. 1997.

CUNHA, José Ricardo *et al.* Direitos Humanos e justiciabilidade: pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *SUR – revista internacional de direitos humanos*, n. 3, ano 2, p. 139-172, 2005.

EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ; FAPERJ, 2002. p. 43-61.

ELSTER, Jon. *Rendición de cuentas: la justicia transicional em perspectiva histórica*. Buenos Aires: Katz, 2006.

FIGUEIREDO, Ivanilda. As sentinelas de Berlim: por uma teoria dos direitos fundamentais imune a períodos de exceção. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *Constituição e estado de segurança nas decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 31-41.

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

GUEMBE, Maria José. Reabertura dos processos pelos crimes da ditadura militar argentina. *SUR – Revista internacional de direitos humanos*, n. 3, ano 2, p. 121-137, 2005.

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

_____. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham law review*, v. 75, p. 721-754, 2006.

MEZAROBBA, Glenda. Entrevista com Juan Méndez, Presidente do International Center for Transitional Justice (ICTJ). *SUR - revista internacional de direitos humanos*, n. 7, ano 4, p. 168-175, 2007.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NINO, Carlos Santiago. *Radical evil on trial*. New Haven and London: Yale University, 1996.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PRZEWORSKI, Adam. La democracia como resultado contingente de conflictos. In: ELSTER, Jon. SLAGSTAD, Rune (Ed.). *Constitucionalismo y democracia*. Trad. Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 89-110.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1997.

RELATÓRIO DAS ATIVIDADES DO CENTRO INTERNACIONAL PARA JUSTIÇA TRANSICIONAL NO PERÍODO 2004-2005. Disponível em: <www.ictj.org>.

ROSSITER, Clinton. *Constitutional dictatorship*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2004.

SANTOS, Cecília MacDowell. Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *SUR – revista internacional de direitos humanos*, n. 7, ano 4, p. 27-57, 2007.

SENADO FEDERAL. *Direitos humanos: instrumentos internacionais e documentos diversos*. 2. ed. atual. Brasília: Senado Federal, Secretaria de Edições Técnicas, 1996.

SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. New York: Oxford University, 2000.

VIEIRA, José Ribas. *Uma visão crítica do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1987.

VIJEYARASA, Ramona. Verdade e reconciliação para as “gerações roubadas”: revisitando a história da Austrália. *SUR – Revista internacional de direitos humanos*, n. 7, ano 4, p. 129-151, 2007.

WHITTINGTON, Keith. *Political foundations of judicial supremacy: the Presidency, the Supreme Court and constitutional leadership in U.S. History*. Princeton: Princeton University, 2007.